



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO/PRODIR

A NEGATIVA DO PLANO DE SAÚDE PARA O TRATAMENTO
***“THERASUIT”*: a violação do direito à saúde e proteção integral a criança**

CRISTIANA MARIA SANTANA NASCIMENTO

SÃO CRISTOVÃO/SE
2017



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE-UFS

**A NEGATIVA DO PLANO DE SAÚDE PARA O TRATAMENTO
“*THERASUIT*”: a violação do direito à saúde e proteção integral a criança**

CRISTIANA MARIA SANTANA NASCIMENTO

**SÃO CRISTÓVÃO/SERGIPE
2017**



CRISTIANA MARIA SANTANA NASCIMENTO

**A NEGATIVA DO PLANO DE SAÚDE PARA O TRATAMENTO
“*THERASUIT*”: a violação do direito à saúde e proteção integral a criança**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em
Direito da Universidade Federal de Sergipe - UFS

**ORIENTADORA: PROFESSORA DOUTORA CLARA ANGELICA GONÇALVES
CAVALCANTI DIAS. UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE – UFS**

**1º EXAMINADOR (A): PROFESSOR DOUTORA KARYNA BATISTA SPOSATO.
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE – UFS**

**2º EXAMINADOR (A): PROFESSORA DOUTORA LIZIANE PAIXÃO SILVA
OLIVEIRA. UNIVERSIDADE TIRADENTES**

**SÃO CRISTÓVÃO/SERGIPE
2017**

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Federal de Sergipe-UFS, e os professores indicados para compor o ato de defesa presencial de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e ideias expressas na presente.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

SÃO CRISTÓVÃO,

Cristiana Maria Santana Nascimento

EPÍGRAFE

“É somente através do discurso e da ação que os seres humanos se manifestam uns aos outros, não como meros objetos físicos, mas enquanto homens”.

Hannah Arendt

DEDICATÓRIA

A meus pais Anderson e Cristina Nascimento, exemplos de dedicação e companheirismo. Todas as minhas conquistas são suas também!

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, fonte sublime de inspiração e discernimento.

Aos tesouros da minha vida: meus pais, pelo apoio e amor incondicional. Obrigada por estarem sempre comigo, desde os momentos de alegria aos mais difíceis. Vocês são a razão da minha vida e com vocês descobri o verdadeiro significado do que é família.

À minha família, de modo especial aos meus avós maternos (i.m), fontes de inspiração a cada projeto meu e aos meus avós paternos, pelo exemplo de dedicação integral com a família, pelo brilhantismo profissional, lealdade e amor. Amo vocês!

À minha orientadora e grande amiga, Professora Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias, pela sintonia nas realizações dos trabalhos, paciência, confiança, amizade e lealdade. Sinto-me também honrada pela oportunidade no Estágio Docência, onde me fez enxergar que o magistério é uma profissão linda, de grande respeito e dedicação. Minha eterna gratidão!

Aos queridos professores Lucas Gonçalves e Luciana Aboim, por todo aprendizado que adquiri durante o mestrado, especialmente agradeço por todo carinho e amizade. Vocês são exemplos a serem seguidos. Sou grata pela confiança e incentivo sempre!

A todos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito, os quais contribuíram da sua forma para que este trabalho fosse realizado e por toda minha evolução como futura docente. Agradeço em especial, a querida Carla Eugênia Caldas pelos ensinamentos durante as aulas de Seminário de Pesquisa, por todo auxílio e amizade que até hoje perdura.

Aos meus queridos colegas, os quais tive oportunidade de conviver e partilhar momentos e ideias, em especial, a minha amiga e irmã de coração Andrea Detoni pela energia maravilhosa, amizade verdadeira, companheirismo. Sem dúvidas, a sua amizade foi um dos grandes presentes que o Mestrado me deu. Tenha certeza que poderá contar comigo sempre e sinto grande orgulho de você, Magistrada do Trabalho e mamãe de Bellinha.

Aos meus amigos de sempre pela compreensão e paciência quando da minha ausência e todos aqueles que direta ou indiretamente estiveram ao meu lado durante esta conquista.

RESUMO

Com o direito fundamental à saúde nascem algumas problemáticas referentes a saúde suplementar, como, por exemplo, a negativa dos planos de saúde em não concederem tratamentos médicos e fisioterapêuticos específicos às crianças que sofrem de síndromes raras, como, Síndrome de Joubert, as quais necessitam do método “*Therasuit*”, padrão de tratamento para portadores de paralisia cerebral e fraquezas musculares. Faz-se necessário, abordar considerações acerca da multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Todavia, os planos de saúde ao limitarem o tratamento, sob o argumento de não constarem no Rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), implicam na violação ao direito à saúde e proteção integral à criança, transparecendo assim, a abusividade das cláusulas impostas nos contratos de planos de saúde, ocasionando no desvirtuamento do contrato, bem como o desrespeito ao consumidor. Da análise crítica dessa situação, surge um pensamento de que a criança, vítima da negativa, é um ser vulnerável que pode ser vista como um *homo sacer* conceituado pelo filósofo Giorgio Agamben. Por fim, a busca da judicialização tornou para a sociedade, um aspecto paternalista, como uma espécie de “Superego” de uma sociedade órfã de tutela, através da ideia de Ingerborg Maus. Diante da análise, faz-se necessário que haja uma abordagem das decisões procedentes acerca do tema central, pelo aumento de demandas sobre o tema em destaque no ramo do direito constitucional e civil contemporâneo.

Palavras-chaves: Direito à saúde; Saúde Suplementar; Cláusulas contratuais.

RESUMÉ

Cette étude vise à analyser les problèmes liés aux plans de santé négatifs de ne pas accorder des traitements médicaux et de physiothérapie spécifiques aux enfants souffrant de syndromes rares, le syndrome de Joubert, centre des travaux, ce qui nécessite un traitement *Therasuit*, nouvelle norme de soins pour les personnes atteintes de paralysie cérébrale et une faiblesse musculaire. Le point de départ, est le droit fondamental à l'approche de la santé, ce qui rend des considérations sur le double de leurs droits fondamentaux. Toutefois, la santé envisage de refuser la couverture de traitement sous le ne semble pas l'argument dans les procédures Rol de l'Agence nationale de la santé (ANS), implique la violation du droit à la santé et à la protection complète à l'enfant, de sorte transpirant, le unconscionability les clauses imposées dans les contrats d'assurance-maladie, ce qui entraîne une distorsion du marché, ainsi que le manque de respect pour le consommateur et provoque une hypertrophie de la magistrature. L'analyse critique de cette situation, il y a une pensée que l'enfant, la victime négative est un être vulnérable qui peut être vu comme un homme sacré considéré par le philosophe Giorgio Abamgen, qui comprend que nous vivons dans un état d'exception, comme dans les champs concentration dans la vie, dans ce cas, est une *vie nue*. Enfin, la poursuite de la légalisation a pour la société, un aspect paternaliste pour être gardien de la Constitution, mais aussi une sorte de «Surmoi» d'une société orpheline de protection, tel que recommandé par le philosophe Ingerborg Maus. Compte tenu de l'analyse, il est nécessaire d'avoir une approche de s'approprier des décisions sur le thème central de la demande croissante sur le sujet mis en évidence dans le domaine du droit civil constitutionnel et contemporain.

Mots-clés: Droit de la santé. Santé complémentaire. Clauses contractuelles

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	13
1.1. Considerações iniciais sobre direitos fundamentais	13
1.1.1. A multifuncionalidade dos direitos fundamentais	21
1.2. Avanço legislativo do direito fundamental à saúde no Brasil e nas convenções internacionais ..	28
1.3. Contextualização da saúde suplementar no cenário das políticas públicas	34
2. CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE	41
2.1. Dos principais princípios contratuais nas relações de consumo	44
2.2. Da responsabilidade civil no direito à saúde	51
2.3. Da relação de consumo nos contratos médicos	55
3. A PROBLEMATICA DA ABUSIVIDADE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS CONTRATUAIS NOS TRATAMENTOS MÉDICOS	60
3.1. Contratos de Adesão no direito à saúde	60
3.2. Método <i>Therasuit</i> como tratamento capaz de restabelecimento da Síndrome de Joubert.....	63
3.3. Vulnerabilidade da criança e o conceito da “vida”	66
4. A BUSCA DO PODER JUDICIÁRIO	73
4.1. A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira.....	73
4.1.1. O direito fundamental ao acesso à justiça	82
4.2. O Papel do Judiciário brasileiro	92
4.3. As decisões judiciais procedentes à autorização do tratamento “ <i>Therasuit</i> ”	101
CONCLUSÃO	110
REFERÊNCIAS	112

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem finalidade refletir sobre o direito à saúde como um direito fundamental a todos constitucionalmente garantido, pois se trata de um direito público subjetivo, disposto no artigo 196¹ da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, a saúde é um direito fundamental indispensável. O processo constitucional implantado nos países da América Latina reflete mudanças na organização do Estado, principalmente com a efetiva participação popular, na garantia dos direitos fundamentais com a maior integração social.

A Constituição Federal de 1988 contribuiu para a reestruturação dos direitos fundamentais que a partir dela, os ramos do direito são objetos de valores constitucionais com um caráter axiológico.

O que se pretende neste trabalho é analisar basicamente o direito fundamental à saúde como instrumento para coibir a prática abusiva quando há resistência das operadores de saúde em negar um tratamento eficaz às crianças que sofrem da Síndrome de Joubert, a qual provoca a paralisia cerebral e pouco desenvolvimento muscular.

Atualmente, o tratamento mais eficaz para essa anomalia é o Método *Therasuit*, em que é prescrito pelo profissional de saúde e encaminhado para um fisioterapeuta e assim, tentar um restabelecimento. Ocorre que, os planos de saúde ao serem procurados, negam a cobertura, justificando a não ocorrência do tratamento no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde.

O início da saúde suplementar no Brasil iniciou nos anos 60, com a assistência à saúde por empresas que começaram a oferecer sem tipo de regulação no setor público, mas para isso, necessitava de uma regulamentação e foi a partir da criação da Lei 9.961/2000 que surgiu a Agência Nacional de Saúde Suplementar, em que possui um rol de procedimentos considerado exemplificativo.

Sob esse prisma, em primeiro momento, será tratado sobre as considerações dos direitos fundamentais com enfoque na saúde, passando pelo avanço legislativo no Brasil e nas convenções internacionais até chegar na saúde suplementar, sobre políticas públicas das crianças, controle judicial.

Em seguida, será feito um estudo sobre os contratos de saúde, trazendo à baila os

¹“Art. 196 CF: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

principais princípios contratuais, a problemática da responsabilidade civil perante as operadoras de planos de saúde, bem como a relação de consumo nos contratos médicos, para que assim, começar a analisar a problemática da abusividades das cláusulas contratuais relativas aos tratamentos pelos planos de saúde, fazendo um parâmetro sobre vulnerabilidade e da “vida” segundo o filósofo italiano Giorgio Agamben.

Tudo isso, é para demonstrar que a busca da judicialização da saúde tem sido procurada também pelas relações entre particulares e portanto, será trazida decisões judiciais acerca do tema em destaque no ramo do direito civil contemporâneo.

Por fim, as metodologias adotadas neste trabalho tiveram como base a aplicação do método dedutivo, capaz de revestir e guarnecer de maneira racional, indo além da interpretação das leis e de pesquisa metodológica qualitativa precedida em pesquisas bibliográfica, avaliando livros, periódicos e jurisprudências vinculados à temática.

1. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

1.1. Considerações iniciais sobre direitos fundamentais

Desde os primórdios da humanidade, destacam-se uma gama de fenômenos naturais que acontecia e o ser humano buscou formas para encontrar explicações sobrenaturais.

Desenvolveram-se então, atribuições a tais fenômenos aos deuses, dessa forma o ser humano é um mero espectador, tanto da natureza quanto de sua própria vida social que era, via de regra, guiada pelos deuses cuja vontade, caso não fosse atendida, acarretaria para seu povo uma série de desgraças naturais.

A partir de um determinado período da humanidade tais explicações deixaram de ser de cunho religioso e tornaram-se filosóficas, ou seja, o ser humano passou a dar explicações racionais aos mais variados acontecimentos, naturais e sociais.

Tal período é de suma importância para a história do desenvolvimento dos direitos humanos, já que, a partir dele a humanidade e o pensamento racional, sobrevêm várias mudanças, inicia-se os primeiros contatos entre povos de diferentes culturas, o homem passou a desenvolver a ideia de que todos, independentemente de diferenças culturais, são dotados de liberdade e razão (COMPARATO, 2010, p.10).

Portanto, “lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerente (COMPARATO, 2010, p. 11)”.

Logo a primeira noção que o ser humano teve de direito foi instintivamente de sobrevivência, já que o grupo era sinônimo de proteção e força e por isso surgiram normas voltadas para a proteção do mesmo e várias são as denominações dadas para conceituar essa gama de direitos de suma importância para a vida e o desenvolvimento da humanidade. Dentre elas as mais conhecidas são: direitos humanos, liberdades públicas e os direitos fundamentais (SILVA, 2009).

Essas transformações ampliam os direitos fundamentais do homem que são conceituadas da seguinte:

Direitos humanos é a expressão preferida nos documentos internacionais. Contra ela, assim, como contra a terminologia direitos do homem, objeta-se que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos, talvez já não mais assim, porque vem se formando um direito especial de proteção dos animais. Liberdades públicas são também expressões usadas para exprimir direitos fundamentais, em geral jogando-o com os conceitos de liberdade-autonomia, igual aos direitos individuais clássicos e liberdade-participação, também

chamada liberdades políticas, que correspondem ao gozo livre dos direitos políticos ligados à concepção dos direitos públicos subjetivos e dos direitos individuais na sua formulação tradicional individualista. Direitos fundamentais constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque além de se referir a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservado para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual a todas as pessoas (SILVA, 2009, p. 176/178).

Desde a Antiguidade até os dias atuais, o tema tem sido suscitado tornando-se, portanto necessária abordar o referido direito no que se refere à sua evolução histórica, conceitual e ideológica em diferentes momentos cronologicamente ordenados.

Com o surgimento das antigas civilizações os Monarcas se tornaram representantes do poder central com diversas atribuições, administrativas, políticas e jurisdicionais. Com a evolução política, econômica e jurisdicional dos povos e ao longo do tempo, codificou-se a dignidade humana como um direito comum a todos, abarcando praticamente todos os aspectos da vida, haja vista que, os povos da antiguidade nos dão uma visão clara de que o foco central do poder estava nas mãos dos governantes que recebiam dos Deuses.

No entanto, consagra-se a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais constata-se de que no mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das ideias chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente a concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de "pré-história" dos direitos fundamentais.²

Surgiram os questionamentos dos mitos religiosos, com a transição da crença religiosa para a razão filosófica, o homem, passa a ser visto como um ser racional como a nova perspectiva do mundo, fato este que lhe faz sujeito de direitos naturais sendo então inalienáveis, independentemente do Estado, como o direito à vida e a sobrevivência, entre outros direitos, a esse gênero pertencem todos os direitos intelectuais, e os direitos de agir do indivíduo para o próprio bem-estar, assim os direitos naturais são, portanto, os direitos que cabem ao homem à virtude de sua existência.³

Sendo assim, a ideia sugerida no chamado período axial foi um embrião dos direitos humanos, já que não havia positivação de tais direitos. Tal concepção, somente surgiu milênios

²SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Décima edição revista, atualizada e ampliada. Editora livraria do advogado. Porto Alegre, 2012. (p. 37/38).

³BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos;** tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 13ª reimpressão (p. 73/74).

depois, de forma mais enfática, com a chamada fase constitucionalista dos séculos XVII e XIX. Daí a importância de se compreender todas as fases dos aspectos evolutivos dos direitos humanos, bem como raiz dos direitos fundamentais.

Para dispormos do processo de materialização dos direitos fundamentais como matizes, observa-se o desdobramento nos grandes modelos de desenvolvimento desses na Inglaterra, Estados Unidos e França.

Na Inglaterra, elaboram-se Cartas e Estatutos Assecuratórios de Direitos Fundamentais, como a Magna Carta em 1215, considerada uma dos marcos mais importante, entre outros estabelecem o sistema da *common Law*, em que o precedente judicial era controlado por juízes, devido sua outorgada pelo rei conhecido como João-Sem-Terra. “A amplitude de seus termos, todavia, permitiu que, ao longo do tempo, assumisse o caráter de uma carta geral de liberdades públicas (BARROSO, 2013, p. 32)”.

Não podemos apresar uma conclusão da existência da dogmática de direitos fundamentais, no sentido de sua proteção por “um conjunto de normas de hierarquia superior às leis ordinárias, em vista da supremacia do Parlamento e não da Constituição (SAMPAIO, 2010, p. 153/154)”.

Importante também foi o modelo norte-americano, especialmente desenvolvido na ideia de Lei Fundamental, sem perder de vista, que “o desenvolvimento das liberdades constitucionais nas colônias se deu, em grande escala, a partir da afirmação das teses protestantes da dignidade do indivíduo e da defesa de pluralismo de credos (SAMPAIO, 2010, p. 159)”.

Contudo, a Declaração de Independência dos Estados Unidos⁴ estimulou o sentimento de libertação nos demais povos da América e na Europa. Com a aprovação da Constituição dos Estados Unidos, funda-se a história dos direitos fundamentais que começa propriamente com as declarações formuladas pelos Estados americanos no Século XVIII (SAMPAIO, 2010).

⁴ Declaração de Independência dos Estados Unidos: Consideramos como uma das verdades evidentes por si mesmas que todos os homens são criados iguais; que receberam de seu criador certos direitos inalienáveis, entre os quais figuram a vida, a liberdade e a busca da felicidade que os governos foram estabelecidos precisamente para manter esses direitos, e que seu legítimo poder deriva do consentimento de seus governados; que cada vez que uma forma de governo se manifesta inimiga desses princípios, o povo tem o direito de mudá-la ou suprimi-la e estabelecer um novo governo, baseando-se naqueles princípios e organizando seus poderes segundo formas mais apropriadas para garantir a segurança e a felicidade. A prudência exige os governos estabelecidos desde muito tempo não devem ser modificados por motivos fúteis e passageiros. Mas quando uma série de absurdos e usurpações convergem invariavelmente para o mesmo fim e demonstram o objetivo de submeter o povo a um despotismo absoluto, é direito do povo, e até de seu dever, rejeitar tal governo e buscar novas garantias de sua segurança futura, tal segurança é a situação das colônias agora, e daí a necessidade que as obriga a mudar seu antigo sistema de governo (VICENTINO, 2002, p. 249/250).

A Revolução Francesa em 1789 foi o marco inicial da contemporaneidade com base nas ideias filosóficas e Iluministas, pondo fim ao Antigo Regime com a aprovação em Assembleia, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que pela primeira vez, são proclamadas as liberdades e os direitos fundamentais do Homem, visando alcançar toda a humanidade, exprimindo direitos inalienáveis, sagrados, imprescritíveis e universais, estabelecendo direito a igualdade perante a lei, à liberdade individual, entre outros direitos e opressão.⁵

A vinculação essencial dos direitos fundamentais e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos nos conduzem ao significado a esses direitos como ideal da pessoa humana ao constatar a veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos, podiam ganhar em concretude, mas perdiam pelo espaço de abrangência, visto que somente se dirigiam a uma camada social privilegiada, quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso ou das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano.⁶

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e surgidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todos. Podemos entender que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão tinha por finalidade proteger os Direitos do Homem contra atos do Governo e é expressa a alusão ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo em instruir os indivíduos de seus direitos fundamentais (FERREIRA FILHO, 2000).

A repercussão clássica dos direitos fundamentais traz um sentido de assegurar bens jurídicos e ações das pessoas em face das violações estatais, deixando o cidadão em determinadas posições jurídicas essenciais garantidas numa constituição escrita. (DUQUE, 2014, p 50).

O direito se manifestou a partir de uso puramente liberal, como princípio de limitação da razão de Estado, “ponto de apoio para toda pessoa que quiser de uma maneira ou de outra, limitar essa extensão indefinida de uma razão de Estado que toma corpo num Estado de Polícia”. (FOUCAULT, 2008, p. 11).

⁵BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 562.

⁶ BONAVIDES, obra citada, 2015, p.562.

Inegáveis foram os avanços nos direitos humanos, com a proibição da pena de morte, escravidão, princípio da igualdade, liberdade, fraternidade, tendo como base a família, trabalho e a ordem pública.

Nas últimas décadas do século XVIII o despertar do pensar científico sobre a sociedade, tiveram o poder de orientar a ação política e lançar as bases do que viria a ser o Estado capitalista, constitucional e democrático, desenvolvido no século XIX. A ideia de Estado como entidade cuja legitimação se baseia na pretensa representatividade da sociedade é um avanço em relação à ideia de Monarquia Absoluta; não se trata mais de uma pessoa que governa por meio de herança e sangue, mas de uma instituição abstrata que administra um território a partir de pactos estabelecidos pela coletividade.

“O constitucionalismo consiste na divisão do poder, para que se evite o arbítrio e a prepotência, e representa o governo das leis e não dos homens, da racionalidade do direito e não do mero poder (CARVALHO, 2008, p.167)”. A Constituição que por sua vez definirá a essência jurídica da materialização do ordenamento jurídico.

“Os ordenamentos jurídicos são complexos, pois admitem mais de uma fonte de produção normativa o que ocorre por não haver ente capaz de regular satisfatoriamente todas as condutas humanas possíveis (FERREIRA JUNIOR, 2012, p. 03)”. Então o caráter supremo, do constitucionalismo é garantir proteção a dignidade da pessoa humana, servindo de fundamentos para todas as normas instituídas como mecanismo de uma série de direitos fundamentais e suas respectivas garantias de forma a disciplinar o poder político e torná-lo limitado.

Assim sendo o sistema jurídico tem como núcleo axiológico os princípios e normas relacionados aos direitos fundamentais e humanos, só pôde surgir no momento em que os processos sociais de diferenciação, ao separar finalmente indivíduo e sociedade, exigiram a proteção, pelo direito autônomo, deste indivíduo em face desta nova sociedade que emergiu dos escombros dos antigos valores tradicionais (CONSTANTINO E FRANCO, 2012).

Da mesma forma, somente com uma política e direito autônomos, aptos a considerar igualmente as diversas concepções éticas, étnicas e religiosas de “vida boa”, é possível conceber a forma democrática de Estado como concretização de uma soberania popular universalista. Assim, a Constituição estatui a diferenciação entre política e direito – por isso é designada ora

como “Carta Política”, ora como “Lei Fundamental”, ao mesmo tempo em que articula e regula as relações entre ambos (acoplamento estrutural).⁷

Com a derrocada do regime absolutista, se estabelece um novo regime político baseado na democracia recriando o discurso moderno, devido ao constitucionalismo materializado pelas Constituições. Com relação ao significado da palavra constitucionalismo, “é em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de Direito) (BARROSO, 2013, p.27)”.

É importante ressaltar que no ver das Constituições contemporâneas, o papel de organização do Estado em desempenhar um constitucionalismo liberal na proteção limitada de direitos de liberdade, cede ao constitucionalismo social proteção da igualdade material, com características centralizadas na dignidade humana e direitos fundamentais em busca da proteção aos direitos humanos (TAVARES, 2010).

A partir desses levantamentos podemos dizer que o Estado Social, é um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado como agente da promoção social regulamentador de toda vida e saúde social, política e econômica do país, cabendo ao Estado do bem-estar social garantir serviços públicos e proteção à população.

Pelos princípios do Estado de bem-estar social, todo o indivíduo teria o direito, desde seu nascimento até sua morte, a um conjunto de bens e serviços que deveriam ter seu fornecimento garantido seja diretamente através do Estado ou indiretamente, mediante seu poder de regulamentação sobre a sociedade civil. O Estado social de Direito é alicerçado no intervencionismo diversificado, torna-se a capacidade de participar efetivamente no exercício do poder político, ou da gestão dos negócios da cidade.

A superação do Estado de direito formal para o Estado social de direito como alternativa para se evitar a ditadura, “e que a exigência de democracia social significa a extensão do pensamento do Estado de direito material à ordem do trabalho e dos bens materiais. (SOARES, 2004, p. 289/290)”.

Entretanto, após a Primeira Guerra Mundial, consubstancia a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, em que passaram a ser incorporados direitos econômicos e sociais às Constituições. Contudo a democracia liberal-econômica dá lugar à democracia social, evidenciados nos marcantes documentos a exemplo da Constituição do México de 1917 e a de Weimar de 1919 (PESSOA, 2009).

⁷CONSTANTINO, Alexandre Krüger e FRANCO, Ana Carolina Casarotti. Neoconstitucionalismo e teoria sistemática: desafios à modernidade periférica. 2012, p. 20 Disponível em:<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?Cod=4ab52371762b7353>>. Acesso em: 28 de novembro de 2016.

A nova Carta de 1917 inaugurou uma era de constitucionalização dos direitos sociais e se caracterizou, principalmente, por um marcante intervencionismo estatal nas relações trabalhistas ao prever que toda pessoa tem direito a um trabalho digno, com jornada diária de oito horas. Com vistas a garantir o cumprimento desse objetivo, a Lei Fundamental Mexicana proibiu o trabalho de menores de 14 anos, instituiu a licença maternidade, o salário mínimo, proibiu a despedida arbitrária e criou o seguro social. Foi à primeira Constituição a estabelecer a desmercantilização do trabalho, própria do sistema capitalista, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura do mercado (COMPARATO, 2010).

A Constituição mexicana estabeleceu, finalmente, o princípio da igualdade substancial na posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito. Deslegitimou, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho e, portanto, da pessoa humana, cuja justificação se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar.⁸

“A Carta mexicana é a primeira Constituição político-social do mundo que traz no seu bojo a dívida social e o compromisso quanto ao seu resgate (PESSOA, 2009, p. 19)”.

Sobrepõe a Constituição de Weimar sobre “a constitucionalização de normas de direito social, bem como a influência dessas Constituição na história do constitucionalismo mundial e da teoria política (PESSOA, 2009, p. 19)”.

A Constituição de Weimar pretendeu conciliar a herança liberal e seus correspondentes direitos e liberdades com as novas exigências culturais, econômicas e sociais, em torno das quais, em forma de compromisso, estabeleceram-se grupos com conotação ideológica democrata cristã e social democrata.

O Estado do bem-estar social, com suas intervenções, preservou a estrutura capitalista, mantendo, artificialmente, a livre iniciativa e a livre concorrência e compensando as desigualdades sociais mediante a prestação estatal de serviços e a concessão de direitos.

Nesse sentido podemos dizer que as Constituições pós-segunda Guerra Mundial prosseguiram na mesma linha das anteriores, somente com um significativo avanço no âmbito dos Direitos Fundamentais do Homem, assinalado pela previsão nas declarações internacionais do direito à paz, ao meio ambiente. Com efeito, em quase todos os direitos individuais de ordem

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 7ª edição, revista e atualizada. Saraiva. São Paulo, 2010, p. 172

civil, política, econômica, social e cultural são operacionalmente reclamáveis por parte do indivíduo, à administração e aos demais poderes constituídos (REZEK, 2011).

Em função disso, o constitucionalismo contemporâneo é marcado por um totalitarismo constitucional, consectário da noção de Constituição programática sedimentada num conteúdo social, vislumbrado por um constitucionalismo globalizado, em busca de difundir a proteção aos direitos humanos e de propagação para todas as nações.⁹

Para caracterizar os direitos fundamentais não é “só uma questão de título, ou de nomenclatura, é a questão em torno do conteúdo de uma disposição constitucional, questão essa que direciona o método de interpretação (DUQUE, 2014, p. 51)”.

No tocante a classificação dos direitos fundamentais, a Constituição Federal elenca nos seus dispositivos os direitos individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos, de organização em partidos políticos e os demais implícitos no corpo do texto constitucional, como por exemplo, direitos à educação, econômicos, à saúde.

Os direitos fundamentais têm inúmeras funções desde o Estado Liberal, passando pelo Estado Social até o Estado Democrático de Direito, e para quem é adepto classificar os direitos fundamentais em dimensões ou gerações, é importante destacar, que com o desenvolver das gerações ou dimensões os direitos vão surgindo e se agregando à tabua de direitos e garantias fundamentais adquirindo assim novas facetas frente ao dever social e constitucional.¹⁰

Os direitos fundamentais estão relacionados à sua formalidade vinculada ao constitucionalismo positivo e a materialidade. Podemos entender que a Constituição Federal de 1988 disciplina um rol de direitos e garantias fundamentais no bojo do seu artigo 5º, rol exemplificativo que não cria impedimentos para outros direitos fundamentais além deste dispositivo que, no final, estes direitos têm finalidade de proteger todos os membros da sociedade, começando no Preâmbulo quando se estabelece o exercício dos direitos sociais, individuais, liberdade e segurança.

No sentido formal, Sarlet entende que a fundamentalidade está relacionada ao direito constitucional positivo a partir da própria constituição, pelos elementos a seguir:

Como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, gozando da supremacia hierárquica das normas constitucionais; na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos

⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

¹⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. ver. e atual. Editora JusPodvm, 2012, p.318.

aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (*cláusulas pétreas*) da reforma constitucional (art. 60 da CF), muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo Constituinte, aspecto desenvolvido no capítulo sobre o poder de reforma constitucional; além disso, as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e, mediante as necessárias ressalvas e ajustes, também os atores privados (art. 5.º, § 1.º, da CF), o que igualmente será aprofundado mais adiante (SARLET, 2009, p.73).

Por outro lado, o sentido material implica na análise do conteúdo dos direitos e na circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, especialmente no que tange a posição ocupada pela pessoa humana. (SARLET, 2009, p 251).

Os direitos fundamentais não operam como princípios e garantias nas relações entre indivíduos e Estado, mas transformam-se em princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional considerados, em seu conjunto, na condição de componentes estruturais básicas na ordem jurídica. (SARLET, 2009, p.143)

A estrutura das normas sobre direitos fundamentais abarca duas teorias defendidas por Canotilho, são elas: teoria liberal, a qual os direitos fundamentais são conhecidos como direitos de defesa, vedando a ingerência do Estado e a teoria comunitarista, a qual os direitos fundamentais saem da seara subjetiva para a ideia de que o individualismo prejudica algumas questões da atualidade, logo a ideia é de que os direitos fundamentais são relativos agrupados em uma perspectiva universal. (FERNANDES, p.327, 2012).

Dessa forma, os direitos fundamentais são definidos como posições jurídicas concernentes às pessoas naturais ou jurídicas, que foram expressa ou implicitamente integradas à Constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, como também posições jurídicas que possam ser equiparadas, tendo ou não na Constituição formal.

1.1.1. A multifuncionalidade dos direitos fundamentais

Historicamente, a ideia de direito subjetivo remeteria a concepção do positivismo e liberalismo do século XIX e mais na frente, houve argumentos que o indivíduo teria direitos subjetivos, exigíveis perante o Estado. (SARLET, 2009, p. 294).

A noção de uma dimensão subjetiva dos direitos fundamentais está relacionada ao direito subjetivo que se refere à possibilidade do titular do direito exigir do destinatário da pretensão o cumprimento da prestação e fazer valer os poderes e pretensões positivas ou

negativas, que são autorizadas pelas vias administrativa e judicial, ou seja, existe a possibilidade de imposição judicial dos interesses juridicamente tutelados perante o destinatário.

O direito subjetivo nem sempre está disposto no texto constitucional, uma vez que pode existir a derivação no caminho da interpretação, conhecendo um sentido na dogmática jurídico-constitucional.

Nesse tom, existem argumentos favoráveis à perspectiva subjetiva. O primeiro encontra sustentação que os direitos fundamentais estão direcionados a proteção do indivíduo e não da coletividade e o segundo argumento está amparado à ideia de otimização, ou seja, o direito subjetivo está em um grau maior de realização. Logo, os direitos fundamentais como sendo individuais estão protegidos de forma subjetiva.

Destaca-se ainda que a dimensão subjetiva encontra-se resposta na autonomia individual e dignidade da pessoa humana, podendo até ser atribuída a titularidade subjetiva a grupos ou até entes coletivos e reconhecida pela Constituição, a fim de proteger o indivíduo em sua titularidade.

Diante de vários motivos ressaltados sobre a dimensão subjetiva, menciona-se a ideia de Jorge Reis Novais *apud* Ingo Sarlet, sobre a presunção favorável do direito subjetivo:

A presunção em favor de um direito subjetivo adquire relevância prática apenas se implicar a exigibilidade judicial do direito em questão, o que, todavia, implica a necessidade de resolver problemas vinculados ao princípio da separação de poderes, bem como aspectos inerentes à eficácia da prestação jurisdicional, por conta de uma ampliação do espaço subjetivo a partir da dimensão objetiva e a correlata compressão da dimensão subjetiva individual. (SARLET, 2009, p.155).

Ainda nesse sentido, os direitos fundamentais na condição de direito subjetivo não são reduzidos aos direitos de liberdade, apesar da subjetividade, e exigibilidade de forma destacada. (SARLET, 2009, p. 153).

As lições de Daniel Hachem sugerem que:

A acepção subjetiva significa admitir que ao seu titular- que pode ser um sujeito individual, um grupo determinado ou uma coletividade indeterminável – é possível exigir em face do destinatário, pela via administrativa ou judicial, o cumprimento dos seus interesses protegidos pelo ordenamento jurídico na forma de bens jus fundamentais. Um dos traços é a exigibilidade da prestação negativa ou positiva necessária à tutela do direito fundamental e independe do conceito tradicional de direito subjetivo ou da possibilidade de ser reconduzível a um titular individual, singularmente determinado (HACHEM, 2013, p.633).

Portanto, os direitos fundamentais na perspectiva subjetiva, como por exemplo, direitos de defesa, de ação e de liberdade, em razão da exigibilidade judicial, são considerados

direitos individuais, protegidos constitucionalmente sob a forma de direito subjetivo.

O direito à saúde, por exemplo, pode ser considerado em sua perspectiva subjetiva um direito fundamental, em que nem o Estado nem terceiros poderão desrespeitar as condutas, garantias e liberdades no âmbito legal dos direitos.

Esse direito está previsto no artigo 6º da Constituição Federal como sendo um direito social, na seguinte forma: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Nesse sentido, o direito à saúde está diretamente vinculado à proteção do direito à vida, vinculado a dignidade da pessoa humana, bem como a sua qualidade de vida, como um bem-estar e a depender do dano, a vida se encontrará em risco, e o consequente direito fundamental violado.

Nesse caso, a saúde como um direito fundamental deverá ser protegida tanto pela Administração Pública como pelos entes privados, com o papel dos planos de saúde que em muitas vezes desvirtuam e acabam não protegendo o direito à saúde, adotando cláusulas abusivas através dos contratos.

O início da saúde suplementar no Brasil se deu nos anos 60, com a assistência à saúde que empresas começaram a oferecer sem tipo de regulação no setor público, mas para isso, necessitava de uma regulamentação e foi a partir da criação da Lei 9.961/2000 que surgiu a Agência Nacional de Saúde Suplementar.

De acordo com o Diretor-presidente da Agência, Fausto Pereira dos Santos:

A implementação da ANS veio acompanhada de um conjunto de políticas formuladas estrategicamente para corrigir as chamadas imperfeições do mercado, decorrentes do *laissez-faire* intervindo normativamente na cultura empresarial do setor, especialmente quanto ao acesso, às garantias assistenciais e financeiras. Dentro desse enfoque, as relações entre Estado e mercado foram submetidas a uma política específica, com funções regulatórias das condutas, as quais vêm buscando uma maior convergência entre os diversos interesses envolvidos e a regulação das relações entre os diversos atores do mercado: consumidores, prestadores e empresas (SANTOS, 2006, p.2).

O discurso da agência ao dizer que eram comuns práticas de negativa de atendimento, exclusão de doenças, seleção de clientela, rescisão unilateral de contratos, restrições de coberturas, reajustes sem controle torna-se evasivo, pois os planos de saúde continuam restringindo não dando atenção de uma saúde integral aos beneficiários (DIAS e NASCIMENTO, 2016).

A partir do século XX, o marco histórico do direito constitucional se deu na Europa, especialmente na Alemanha com a Lei Fundamental Alemã, de 1949 e logo após a formação do Tribunal Constitucional Federal e na Itália, com destaque na Constituição da Itália de 1947 e a instalação da Corte Constitucional em 1956.

No Brasil, o referencial se deu na Constituição de 1988 com a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento do sentimento constitucional merece ser celebrado (BARROSO, 2013, p.267).

As inovações foram construídas no direito constitucional contemporâneo e os direitos fundamentais passaram a ser reconhecidos numa visão dupla, ou seja, direitos com elementos subjetivos e objetivos.

Com a ampliação dos direitos fundamentais ocorreu à consagração do fenômeno do duplo caráter desses direitos, expressão valorativa. Tudo isso iniciou em 1958 com o famoso Caso Luth, na Alemanha, pós Segunda Guerra Mundial, onde a dimensão objetiva se encontrava lado a lado com a dimensão subjetiva. O reconhecimento do caráter objetivo é apontado como causa para consolidação do Estado Social.

O problema iniciou quando VeitHarlan, produtor de cinema, decidiu dirigir um filme romântico chamado “Amada Mortal” e não obteve público em razão do manifesto entre os judeus alemães que não apagaram da memória o filme dirigido em 1941, pelo mesmo, chamado Jud Sub, considerado como uma das maiores ofensas aos judeus no cinema.

Nesse sentido, um judeu chamado Eric Luth que comandava o Clube da Imprensa, decidiu escrever um manifesto contra o cineasta e em razão disso, VeitHarlan ajuizou uma ação civil pública para ressarcir todo o prejuízo obtido referente ao fracasso de bilheteria.

Ocorre que, o Luth contrariado com a situação, resolveu recorrer para a Corte Constitucional alemã alegando que a Lei Fundamental alemã garante a liberdade de expressão.

Com tamanha complexidade sobre o assunto, a Corte Constitucional alemã decidiu conceituar os direitos fundamentais como: os de eficácia horizontal; dimensão objetiva e necessidade de ponderação no caso de colisão de direitos.

Assim sendo, o jurista alemão Robert Alexy (2003, p.40), proferiu a decisão do caso com algumas ideias, a seguir exposta:

A primeira ideia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam para citar a Corte Constitucional Federal, ‘ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores’. Mais tarde a Corte fala simplesmente de ‘princípios que são expressos pelos direitos constitucionais’. Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se de dizer que a primeira ideia básica da

decisão do caso Luth era a afirmação de que os valores ou princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso, à ‘todas as áreas do Direito’. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um “efeito irradiante” sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes. A terceira ideia encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso Luth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: “Um ‘balanceamento de interesses’ torna-se necessário (ALEXY, 2003, p.40).

Por fim, o Tribunal Constitucional Federal chegou à conclusão que o Tribunal Estadual desconheceu o significado do direito fundamental à livre expressão do pensamento, que também alcança o conflito com interesses privados.

Ao entender esta decisão, percebe-se que o Tribunal não se opôs em relação à existência de um direito objetivo ou decisão valorativa em face de um direito fundamental considerado (DUQUE, 2014).

Outros precedentes do Tribunal Constitucional vêm sendo objeto de discussão doutrinária e judicial, pois de certa forma, há uma particularidade do Tribunal ao resolver questões de colisão dentre direitos.

A colisão entre os direitos fundamentais e valores estão voltados à proteção do interesse coletivo e vem sendo objeto de debate no Brasil.¹¹

Nesse caso, resolvido o problema da colisão dos direitos, temos a prevalência do direito à vida nas condições relativas ao direito constitucional à saúde.

Outra jurisprudência que merece destaque é a garantia do direito à saúde que está na Constituição Federal DE 1988 e que como critério de decisão foi analisado o caso concreto.¹²

¹¹AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO DO TRATAMENTO ADEQUADO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - ARE: 801676 PE, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 19/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 02-09-2014 PUBLIC 03-09-2014).

¹²DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. COLISÃO DE DIREITOS. CRITÉRIOS PARA PONDERAÇÃO. ANÁLISE DE CASO CONCRETO. 1. O direito fundamental à saúde encontra-se garantido na Constituição, descabendo as alegações de mera norma programática, de forma a não lhe dar eficácia. 2. Na interpretação constitucional há de se ter em conta a unidade da Constituição, a máxima efetividade dos direitos fundamentais e a concordância prática, que impede, como solução, o sacrifício cabal de um dos direitos em relação aos outros.

Tudo isso afirma a ausência de neutralidade em valores, mas em expressões da ordem de valores com repercussões em todos os âmbitos do ordenamento jurídico e vida social. (DUQUE, 2014, p. 157).

O caráter objetivo dos direitos fundamentais é apresentado em duas fases. A primeira diz respeito ao direito constitucional como um todo, ou seja, um sistema de valores em todas as áreas do direito; a segunda é que essa característica objetiva emana a cada direito fundamental isoladamente considerado, interpretação como norma principiológica na perspectiva jurídico-objetiva.

Assevera Marcelo Duque sob a visão processual e o controle pelo tribunal constitucional:

Duas relações distintas colocam-se aqui em jogo: a relação da jurisdição constitucional com o legislador e com a jurisdição ordinária. Na primeira, que denota uma relação entre poderes distintos, a concepção dos direitos fundamentais como valores objetivos concede ao tribunal constitucional a possibilidade de examinar se os direitos fundamentais foram realizados de forma ótima. Na segunda, envolve órgãos de um mesmo poder, é marcada por uma relação onde o tribunal constitucional examina, meramente se os tribunais ordinários trouxeram a vigência de forma suficiente, o alcance jurídico e a força do direito fundamental em questão (DUQUE, 2014, p.131).

A doutrina aponta para a perspectiva objetiva como representando também um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais em três aspectos:

Inicialmente, partindo do pressuposto de que tanto as normas de direitos fundamentais que consagram direitos subjetivos individuais, quanto as que impõem apenas obrigações de cunho objetivo aos poderes públicos podem ter a natureza ou de princípios ou de regras há que ter em mente a inexistência de um paralelismo necessário entre as regras e a perspectiva subjetiva e, por outro lado, entre princípios e perspectiva objetiva, de tal sorte que se pode falar em regras e princípios consagradores de direitos subjetivos fundamentais, bem como de regras e princípios meramente objetivos (SARLET, 2009, p.144).

Por outro lado, tem o critério axiológico apresentado por ordem de valores e o reconhecimento da juridicidade, efeitos jurídicos autônomos que vai além da perspectiva subjetiva.

A intensão da dimensão objetiva é o reconhecimento dos direitos fundamentais como fonte de pretensão jurídica imediata contra o Estado, a fim de proteger os indivíduos, não só contra o Poder Público, mas também contra particulares por meio dos mecanismos disponíveis

perante o Poder Judiciário.

Diante da evolução dos direitos fundamentais é corrente que haja a fusão das duas dimensões apresentadas acima, isto é, a mesma norma de direito fundamental em variadas funções, ou melhor, multifuncional.

Os direitos fundamentais foram vistos, à época do liberalismo. Ao passo que no Estado Liberal, enxergavam apenas como o direito do particular em impedir a ingerência estatal pela esfera jurídica, ou seja, direitos de defesa que limitavam o poder do Estado diante dos indivíduos quando ultrapassasse os limites. Todavia, os mais importantes são os direitos ligados às funções do Poder Público perante a sociedade (SARLET, 2012).

Ainda assim, o indivíduo relacionado ao Estado está em posição a este criada por quatro espécies. São elas:

No âmbito do *status* passivo (*status subjectionis*), o indivíduo estaria subordinado aos poderes estatais, sendo, neste contexto, meramente detentor de deveres, de modo que o Estado possui a competência de vincular o cidadão juridicamente por meio de mandamentos e proibições. O *status negativus* consiste numa esfera individual de liberdade imune ao *jus imperi* do Estado, que, na verdade, e poder juridicamente limitado. O terceiro *status* referido por Jelinek o assim denominado *status positivus* (ou *status civitatis*), no qual ao indivíduo é assegurada juridicamente a possibilidade de utilizar-se das instituições estatais e de exigir do Estado determinadas ações positivas. Por fim, encontra-se o chamado *status activus*, no qual o cidadão passa a ser considerado titular de competências que lhe garantem a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade estatal, como, por exemplo, pelo direito de voto. (SARLET, p, 2009. 204).

Nas palavras de Canotilho o grupo dos direitos a prestações são divididos em direito originário a prestações e direitos derivados a prestações. Senão vejamos:

Afirma-se a existência de direitos originários a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos. Exemplo: (i) a partir do direito ao trabalho onde derivar-se o dever do Estado na criação de postos de trabalho e a pretensão dos cidadãos a um posto de trabalho? (ii) com base no direito de expressão é legítimo derivar o dever do Estado em criar meios de informação e de os colocar à disposição dos cidadãos, reconhecendo-se a estes o direito de exigir a sua criação? (CANOTILHO, 2003, p. 543.).

Em relação aos direitos derivados, estes pressupõem o cumprimento das prestações originárias, “à medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar prestações existenciais (CANOTILHO, 2003, p. 541)”.

A Constituição Federal classifica os direitos fundamentais trazendo no seu texto, o

título dos direitos e garantias fundamentais em cinco capítulos: o primeiro sobre direitos e deveres individuais e coletivos, o segundo direitos sociais, o terceiro sobre nacionalidade, o quarto sobre direitos políticos e por fim, os partidos políticos.

Quanto à distinção entre garantias e princípios, Sarlet assevera que:

Não pode mascarar a circunstância de que, em termos gerais, as garantias, embora evidentemente tenham uma função de natureza assecuratória e, nesta perspectiva, instrumental atuam também como direitos (tanto na dimensão subjetiva quanto na dimensão objetiva), pois investem o seu titular de uma posição subjetiva no sentido de invocar a garantia em seu favor. E por esta razão que muitos preferem utilizar - opção aqui considerada correta - as expressões direitos-garantia ou princípios-garantia. (SARLET, 2009, p. 210).

Por fim, é necessário considerar que os direitos fundamentais em sentido amplo têm uma dupla função negativa e positiva, porém com a dimensão subjetiva atribuída ao titular do direito, os direitos fundamentais são classificados como direitos a prestações ou direitos positivos e direitos de defesa ou direitos negativos.

1.2. Avanço legislativo do direito fundamental à saúde no Brasil e nas convenções internacionais

Na conjuntura brasileira, o direito à saúde restou tímido nas cartas constitucionais, diante da Constituição Imperial de 1824 e a primeira da República em 1891 estabelecem em relação ao direito fundamental da Saúde como responsabilidade do Estado. No texto Constitucional de 1934 sob influência da Constituição Alemã de Weimar, tratou-se sobre proteção à saúde do trabalhador e da criança sobre a mortalidade infantil e a higiene social e mental. Na Constituição de 1937, estabeleceu a proteção da saúde da criança, já o texto da Constituição de 1946 apresentou que a competência para legislar a defender e proteger a saúde seria da União.

O Brasil passa por um período em que os direitos fundamentais são violados a Constituição de 1967, feita sob o tacho militar é largamente emendada em 1969, absorvendo os instrumentos ditatoriais os Atos Institucionais, mais de duas décadas de ditadura militar que em questão de saúde e de forma tímida através do decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, que definiu sobre a organização da Administração Pública federal estabelecendo diretrizes e com respeito a reforma sanitária redefiniu as competências do Ministério da Saúde idealizando a saúde como um direito ao cidadão e dever no Estado.

A sociedade reivindicava liberdades individuais, muitos movimentos de intelectuais, trabalhadores em geral estudantes que surgiram entre a década de 1970 e da década de 1980 exigia-se que os presos políticos fossem soltos, além da defesa por liberdades defendiam reformas em geral, reivindicavam sistema de saúde forte no entanto o país não mostrava sinais de retorno à democracia, que naquele momento se necessitava. O Congresso Nacional referendou o candidato militar Ernesto Geisel, que tomou posse em março de 1974, prometendo o retorno da democracia de forma lenta, gradual e segura, dando início ao processo conhecido como abertura política, sendo marcado pelos avanços e retrocessos autoritários (SILVA, 2010).

Com o sentimento de redemocratização, entende ser um processo de restauração da democracia e do Estado de Direito, logo ocorreram vários fóruns no sentido de haver reformas estruturais na administração Pública e em geral (FERNANDES, 2012).

Podemos destacar um dos grandes fóruns ocorridos para tratar do tema da saúde foi a 8ª Conferência Nacional de Saúde em 1986, como luta pela universalização da saúde no Brasil, assim como assegurar o direito à saúde a toda a população brasileira que é imprescindível em condições fundamentais de uma existência digna e garantia do direito à saúde a todos os habitantes do território nacional.

Em 1988, a nova Constituição está centrada como consecutória da noção de Constituição Programática. Entendemos que ao longo ditadura que durou mais de vinte anos, na qual morreram milhares de brasileiros, afora outros tantos que foram torturados e exilados, a Assembleia Nacional Constituinte produziu a melhor Constituição que, na circunstância, poderia produzir, com avanços sociais extraordinários, além da consagração de direitos e garantias fundamentais, que o povo brasileiro depositou grandes esperanças e aspirações (MASCARENHAS, 2010).

Fato é que a atual Constituição da República Federativa do Brasil é diferente das Constituições pretéritas, apresenta um sistema de direitos e garantias fundamentais, prevendo um rol de direitos individuais e coletivos, direitos sociais, de nacionalidade, político, de organização em partidos políticos.

Os Direitos Fundamentais sem democracia não encontram nenhuma segurança jurídica. Então, democracia sem Estado de direito e Direitos fundamentais descaracteriza-se como ditadura da maioria. Essas são as dimensões da complementariedade, sobretudo nas sociedades ocidentais doravante no Brasil, com a finalidade de se alcançar a efetividade constitucional (NEVES, 2013).

Podemos ressaltar que os direitos Fundamentais, consagrados na Constituição Federal de 1988, é motivo de orgulho para a nação brasileira, funciona como um verdadeiro termômetro no Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição Federal de 1988, que podemos compreendê-la no sentido formal e material, conforme a distinção de Klaus Stern citado por Ferreira:

No sentido formal o Estado de Direito apresenta preocupação com a segurança jurídica, estipulando a estabilidade da coisa julgada, do ato jurídico perfeito ou prevendo a garantia da legalidade e da irretroatividade da lei, dentre outras medidas assecuratória, sendo chamado de Estado vigilante da ordem social. Através do sentido material, têm-se o Estado Democrático, pautado por matérias que revelam sua intenção na busca da justiça social, da diminuição das desigualdades regionais e sociais, da erradicação da pobreza e marginalização (FERREIRA, 2010, p. 04).

Referimo-nos ao Estado Democrático de Direito como um incentivador da justiça social, redistributiva de renda e ao mesmo tempo, promove prestação de serviços básicos, como saúde, educação, segurança, sistema de seguridade e assistência social.

A carga valorativa da atual Constituição da República Federativa do Brasil é cristalina tem nos objetivos fundamentais destaque na fundamentalidade da norma em caráter essencial anunciando uma das finalidades do Estado Democrático de Direito, no Brasil vinculando-o às relações humanas.

Sendo assim, o Brasil, optou pelo sistema de saúde universal e igualitário, trazendo consigo o atendimento integral em busca da melhoria das condições de vida da população, haja vista ser oficializada pela Constituição Federal de 1988 e com a criação do Sistema Único de Saúde.

A Constituição Federal de 1988, trouxe consigo o tema “saúde”, em alguns aspectos consignados no artigo 6º, como vimos linhas acima e do título da ordem social uma vez que se cruzam com certas dificuldades de fazer-se separados, podemos dizer que é considerada como Seguridade Social, nos seus artigos 194 a 200, como estabelece no capítulo da Seguridade Social seção I do capítulo II da ordem social.

Nela também, estabelece a competência comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios para cuidar da saúde e assistência social.

Nessa concepção podemos declara que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitária às ações e serviços para sua promoção e proteção e recuperação, serviços e ações que são de relevância, submetendo ao conceito de

seguridade social, cujas ações e meios se destinam, também, a assegurá-lo e torná-lo eficaz (SILVA, 2009).

Os princípios basilares da saúde são: universalidade, igualdade, descentralização, atendimento integral, participação da comunidade na gestão, fiscalização e acompanhamento das ações e dos serviços de saúde e participação da iniciativa privada na assistência à saúde. (MARTINS, 2013 p. 515)

Ainda assim, é necessário destacar outros princípios à Saúde previstos no artigo 7º da lei 8.080, como: integralidade de assistência, preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral, igualdade de assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, direito à informação, divulgação de informações sobre a saúde, utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; participação da comunidade; descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; **b)** regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Passa-se a ideia de que é dever do Estado a garantia da universalidade. Prova disto, está no artigo 2º da Lei 8. 080 de 1990, o qual diz que “o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”, além disso, a identificação e divulgação de fatores determinantes de saúde, formulação de política de saúde e assistências às pessoas por meio de ações assistenciais e preventivas são os objetivos do Sistema Único de Saúde, previsto no artigo 3º da lei supracitada.

No cenário internacional, importante dizer que na concepção dualista, defendida que o Estado e o Direito são realidades distintas e independentes, “caberia ao Direito Internacional, a ideia de regular as relações entre Estados ou estes e organizações internacionais e ao Direito Interno, incumbiria à regulação da conduta do Estado com indivíduos (MAZZUOLI, 2011, p. 76)”.

Ainda nesse sentido, Mazzuoli, idealiza que para os defensores da teoria dualista, o Direito Internacional não é o Estado que está para o Direito Internacional e sim, este que está

para aquele. Logo, para que o Direito Internacional seja integrado à ordem interna, é necessário que alcance também como parte integrante do Direito Estatal (MAZZUOLI, 2011, p. 76).

As normas de Direito Internacional são compostas por órgãos e mecanismos que estimulam a sua aplicação e que permitem o controle para tornarem concretos os preceitos das convenções internacionais e das questões que são conexas.

As convenções são consideradas tratados multilaterais com função normativa. Elas não diferem substancialmente dos tratados da sua espécie o que levou a celebração da Convenção de Viena, em 1969, “são conhecidas por razões jurídicas, políticas, fáticas e de princípios de direito que ocasionaram a sua celebração com enunciados e direitos previstos (CRIVELLI, 2010, p.72)”.

Partindo da ideia de que a Organização das Nações Unidas foi criada pela Carta das Nações Unidas com o objetivo inicial de manter a paz e a segurança internacional e desenvolver a cooperação entre os povos na busca de soluções dos problemas econômicos sociais, culturais e humanitários, promovendo o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

A ONU destaca-se pela sua amplitude de ação, sua competência inclui praticamente todas as questões mais importantes das relações internacionais e especialmente como ensina Antônio Augusto Trindade, “a manutenção da paz e seguranças internacionais por possuir status internacional, junto com todos os direitos contidos na carta (TRINDADE, 2003, p. 11)”.

A Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a "Declaração Universal dos Direitos do Homem" com o objetivo a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com ideal de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.¹³

Em relação à saúde, podemos dizer que o artigo 22 da referida Declaração, estabelece que a garantia de que todo homem tem direito à segurança nacional e cooperação internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade e ao desenvolvimento da personalidade.¹⁴

¹³**DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM.** Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 10 de agosto de 2016.

¹⁴ IDEM

O direito à saúde está previsto no artigo 25 da Declaração, onde estabelece que o ser humano tem direito a vida capaz de assegurar a si e a família, para que haja assim, uma proteção social.¹⁵

No Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 12, nos traz a ideia de que os Estados Partes reconhecem o direito da pessoa de usufruir a saúde física e mental, a fim de que haja diminuição na mortalidade infantil e desenvolvimento da criança, bem como a luta contra doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais, entre outras.¹⁶

O direito à vida e à integridade pessoal estão presentes na Convenção Americana de Direitos Humanos, na qual anseia o respeito à vida, integridade física, psíquica e moral protegido por lei.

Dessa forma é cediço dizer que toda e qualquer pessoa tem direito à saúde, bem estar físico e mental. Bem assim, destaca o protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 10, quando reconhece o:

Atendimento primário de saúde, extensão de benefícios dos serviços de saúde; imunização de doenças infecciosas; prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza; Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde e por fim, acolher as necessidades dos grupos de alto risco e vulneráveis.

Em 1978 foi realizada a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, reunida em Alma-Ata, promovida pela Organização Mundial de Saúde (OMS)¹⁷ e pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), no sentido de buscar a promoção da saúde aos povos do mundo. No entanto foi enfatizado que o direito à saúde é um direito humano fundamental e que a proteção da saúde dos povos é importante para a qualidade de vida e paz mundial.

Em função disso a Declaração de Alma-Ata estabeleceu que os governos têm pela saúde de seus povos uma responsabilidade que só pode ser realizada mediante adequadas

¹⁵ IDEM

¹⁶ **PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 22 de julho de 2016.

¹⁷ A OMS foi criada em 1946, com sede em Genebra. A finalidade da OMS é alcançar o mais elevado índice de saúde para os povos do planeta, combatendo a mortalidade infantil, fomentando a recuperação de portadores da deficiência entre outros. O objetivo da OMS é que os povos possam gozar do grau máximo de saúde possível. Entre as funções da OMS podem ser destacada: a erradicação das epidemias e endemias; a assistência técnica e os serviços sanitários; o auxílio aos governos; as pesquisas sobre saúde. São órgãos da OMS a Assembleia Mundial de Saúde, o Conselho Executivo e o Secretariado. RAMOS, Edith Maria Barbosa. Universalidade do direito à saúde. São Luís: EDUFMA, 2014.

medidas sanitárias e sociais. Sendo assim, é necessário que haja cuidados de saúde para que a meta a ser atingida.

Com toda essa ideia de promoção à saúde, começou a surgir tensões em relações a custos altos em saúde e assim, foi discutido no Relatório Lalonde, produzido em 1974 no Canadá, novos conceitos sobre saúde e desigualdades sanitárias.

Lalonde, como era conhecido Marc Lalonde, Ministro da Saúde no Canadá à época, classificou um modelo de saúde por quatro elementos, quais sejam: biologia, ambiente, estilo de vida e organização de assistência sanitária

A partir de então, ocorreu um maior desenvolvimento quanto à promoção da saúde que podemos destacar a Carta de Ottawa, em 1986, constituída para a Promoção da Saúde de forma universal e equânime.

Nesse sentido, o documento traz um fator importante de que a responsabilidade não é do setor saúde e sim, da população para que haja um bem-estar global e enfatiza algumas estratégias como: A solidez dos pré-requisitos fundamentais para a saúde; a defesa de causa; A capacitação, através da garantia de oportunidades e recursos igualitários; a construção de políticas públicas saudáveis, mediação, criação de ambientes favoráveis e esforço da ação comunitária, a fim de que haja um impacto sobre a saúde.

Por fim, após destacar os principais documentos internacionais sobre a Saúde, cabe salientar sobre a Declaração do México ou V Conferência Internacional sobre Promoção de Saúde, constituída em 2000, que reconhece no teor da declaração que a promoção da saúde e do desenvolvimento social é um dever e responsabilidade central dos governos, compartilhada por todos os setores da sociedade e grande destaque é a consciência de que poderão surgir doenças novas e reemergentes, as quais ameaçam progresso na saúde.

Portanto, observa-se que tanto no contexto nacional e internacional, possuem normas programáticas no sentido de uma promoção à saúde para todos e em busca de uma melhor maneira de melhorar a inserção de políticas públicas, havendo uma preocupação com a justiça social.

1.3 Contextualização da saúde suplementar no cenário das políticas públicas

Numa sociedade extremamente desigual e heterogênea como a brasileira, as políticas sociais (destacadas aqui: educação, saúde, previdência, habitação, saneamento) têm o papel de diminuir as desigualdades estruturais produzidas pelo desenvolvimento socioeconômico e à formação do cidadão.

As políticas públicas são programas de intervenção estatal a partir de “sistematizações de ações do Estado voltadas para a consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseadas na articulação entre a sociedade, o próprio Estado e o mercado”¹⁸.

As falhas do Sistema Único de Saúde são consequências do engrandecimento do setor suplementar, em razão do aumento de demandas da sociedade no uso do direito à saúde, todavia, devido as falhas, já não mais suportava o serviço público oferecido.

Nesse sentido, o setor público encontrou-se no privado tornando um sistema híbrido como forma de viabilizar diante das falhas na qualidade de atendimento, oferecendo uma complementariedade pela medicina suplementar. Assim, “o setor privado de saúde suplementar joga no insucesso do SUS como estratégia de viabilizar-se ainda mais, principalmente diante do insucesso da qualidade do atendimento (PEREIRA, sd, p.4)”.

Ainda assim, a “regulamentação do setor de saúde suplementar passa a ser uma necessidade de racionalizar e reordenar um setor que se desenvolve como consequência das falhas de governo (PEREIRA, sd, p.4)”.

A grande resposta foi a regulamentação e criação de uma agência reguladora de saúde vinculada ao Ministério de Saúde, através da Lei 9.961/2000, capaz de corrigir falhas e condições contratuais que repercutem o interesse público.

Inicialmente é importante dizer que os serviços de saúde relacionam algumas diretrizes para regulamentar a atuação do setor de saúde. Conforme vimos sobre a saúde complementar, este reúne operadoras de planos de saúde que prestam serviços a diversos consumidores que usam do plano para a realização de consultas, exames e tratamentos.

Entre a década de 1980 e 1990 ocorreu uma dificuldade no acesso e na qualidade do sistema de saúde e a partir disso, na última década, os países da América Latina têm trazido mudanças no que dizem respeito aos serviços de saúde, em especial a participação no setor privado, gerando mudanças no campo de políticas sociais e econômicas.

Com o crescimento desta área de saúde suplementar, foi-se necessário obter uma regulamentação e criação de uma Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), agência reguladora, autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério de Saúde, anteriormente reguladas pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

A ANS por ser uma autarquia de regime especial, está sujeita à normas que disciplinam esta atividade. Segundo Di Pietro, “o regime especial vem definido nas leis instituidoras,

¹⁸DIAS, Jean Carlos. **Políticas públicas e questão ambiental**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, p. 117-135, jul./set. 2003, p. 121.

dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta (DI PIETRO, 2010, p. 481)”.

As normas que fixam a competência das agências reguladoras estabelecem uma série de objetivos a serem perseguidos pelos agentes reguladores. A denominação pode variar, mas não a natureza dos dispositivos. Na legislação que institui e estabelece as funções das agências reguladoras, além da fixação da competência setorial de cada ente, é comum a referência à implementação de políticas, objetivos, diretrizes ou princípios, como políticas e diretrizes de assistência suplementar à saúde (CARDOSO, 2010, p. 29).

No entanto, o setor de saúde suplementar passou a caminhar lado a lado à saúde pública desde a concepção da Constituição Federal de 1988 e em 1998 foi criada a lei 9.656/1998 que não se limitou a normatizar em busca da manutenção e qualidade das coberturas assistenciais.

Nesse sentido, o setor de saúde suplementar por ser independente não deteve referencial só Estado, mas também modo de permitir ao cidadão o acesso igualitário aos serviços que visam o restabelecimento da saúde, incluindo a assistência à saúde como uma livre iniciativa privada podendo ser um complemento ao sistema público saúde (SUS).

A regulamentação dos planos privados e assistência à saúde foi criada através da Lei 9.656/1998 onde apresentou algumas alterações dentre elas foi o fortalecimento do papel do Ministério da Saúde e na assistência da regulação, garantindo a manutenção e qualidade das coberturas e formando regras de proteção contratual dirigidas aos planos privados de saúde.

Em 2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar por meio da lei 9.961, a cuja natureza é uma autarquia de caráter especial, devendo seu regulamento, aprovado por decreto do Presidente da República.

O contido no artigo 3º desta lei: “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”.

Pode-se perceber o empenho em levar qualidade aos consumidores durante o processo da regulação da Saúde Suplementar e com isso, a Agência busca possibilitar que as operadoras aumentem sua eficiência e capacidade de gestão e tenham os direitos respeitados.

Quanto aos planos privados de assistência à saúde, é um contrato de prestação “continuado de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré-estabelecido ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, e com finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde (ANS, p.18)”.

O Diretor de Normas e Habilitação da ANS, João Luís Barroca, entende que a regulação de planos e seguros de saúde é uma atividade governamental destinada a corrigir falhas de mercado e condições contratuais que afetam consumidores e empresas e repercutem negativamente na opinião pública.¹⁹

Nesse sentido, com a necessidade de obter uma prestação de serviços assistencial, alguns avanços foram obtidos a partir da lei de saúde privada (lei 9.656/98) que passou a estudar a dimensão assistencial das operadoras na qualidade contratada pelo beneficiário, estabelecendo cláusulas em que devem constar no plano, não se distanciando do que a lei permite. Vejamos:

Art.16.Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza: I - as condições de admissão; II - o início da vigência; III- os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames; IV- as faixas etárias e os percentuais a que alude o Caput do art. 15; V- as condições de perda da qualidade de beneficiário; VI –os eventos cobertos e excluídos; VII- o regime, ou tipo de contratação: a) individual ou familiar; b)coletivo empresarial; ou c) coletivo por adesão; VIII- a franquia, os limites financeiros ou o percentual de coparticipação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica; IX - os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária; X- a área geográfica de abrangência.

O rol de procedimentos indicado pela Agência Reguladora é meramente exemplificativo, ou seja, mesmo não estando na lista de procedimentos, não faz entender que a administradora não deverá custear o tratamento. Nesse caso, cabe ao médico decidir o tratamento adequado para o paciente e consumidor.

Por existir uma certa independência com o Poder Judiciário, as agências reguladoras podem solucionar conflitos em instância administrativa. Ocorre que, existem atos praticados pela Agência que causa lesão ou ameaça ao direito e portanto, recorre-se ao Judiciário.

Nesse sentido, os contratos de planos de saúde tem o objetivo de prestar serviços de saúde nos mais diversos aspectos. E nesse caso, demonstra-se abusiva as cláusulas que excluam esses tipos de tratamentos ou procedimentos não previstos na ANS.

Os setores da sociedade ao se depararem com o avanço das empresas de planos privados, buscaram a prevalência pelos planos privados de saúde. Porém, as diretrizes apontadas nos contratos pouco são informadas aos usuários que, muitos, possuem, doenças raras ou necessidade de tratamento que nem todo plano de saúde acoberta, pela simples justificativa que não integra no rol de procedimentos da ANS.

¹⁹Regulação & Saúde: Estrutura, Evolução e Perspectivas da Assistência Médica Suplementar/ Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar. Rio de Janeiro, 2002

Sendo assim, busca-se a judicialização do acesso a estes tratamentos de médio a alto custo.

Pode-se dizer que o direito brasileiro adotou o sistema de jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e, coletivos.²⁰

Para atuar ativamente, o magistrado está, de certa forma, autorizado pelo direito positivo. Em seu sentido estrito, ou seja, na concepção do ativismo como uma faceta do construtivismo jurídico, em que os magistrados fazem uso de sentenças de perfil aditivo para suprir omissões do ordenamento, tem-se como lastro teórico e legal imediatos o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV CF), bem como a regra segundo a qual “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei” (art. 126 CPC).²¹

Da mesma forma, em seu sentido *lato*, o controle judicial encontra respaldo no próprio corpo normativo, quando o legislador inscreve nos textos legais os chamados conceitos indeterminados, as cláusulas gerais ou abertas, e mesmo nos princípios constitucionais programáticos, que conforme doutrina hoje já majoritária (neoconstitucionalismo), dimanam força normativa (reconhecida função normogenética mínima) por si próprios, independentemente de regulamentação legal ulterior.

Conforme expõe Paulo Bonavides, pela superação do positivismo formal e em nome de um pós-positivismo material:

Tratar a Constituição exclusivamente como lei é de todo impossível. Constituição é lei, sim, mas é sobretudo direito, tal como a reconhece a teoria material da Constituição.

Compreendê-la como direito, e não apenas como lei, ao revés, portanto, do que fazia o positivismo legalista, significa, enfim, desatá-la dos laços silogísticos e dedutivistas, que lhe embargavam a normatividade e a confinavam, pelo seu teor principal, ao espaço da programaticidade destituída de juridicidade.²²

Assim, pode-se notar, a rigor, que o Judiciário pode infringir o princípio da separação dos poderes, axiologicamente superior, em tese, aos demais, por fundar a estrutura do Estado Democrático de Direito, e apontar as inúmeras fraquezas e riscos daquilo que chamam de “direito judiciário” ou “legislação judicial” tais como a inconstitucionalidade e falta de

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella . Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010

²¹Nesta mesma regra positivada, aliás, consta como o juiz deve proceder em casos omissos: “No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito” (art. 126 CPC c/c art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

²² BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 582.

conhecimento técnico especializado para a gestão de políticas públicas, a falta de legitimação democrática dos magistrados, a insegurança jurídica que a prática gera, dentre muitos outros.

Di Pietro entende que:

O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados (DI PIETRO, 2010, p.754).

Sendo assim, o sistema da unidade de jurisdição está previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Qualquer que seja o autor da lesão, mesmo o poder público, poderá o prejudicado ir às vias judiciais (DI PIETRO, 2010, p.755).

Com a busca do Judiciário, este poder assume uma função substitutiva capaz de alterar um ato administrativo exercido pela Administração Pública no controle de políticas públicas.

Assim sendo, não há uma solução de impasses no controle judicial das políticas públicas porque permanecerão tensões em relação ao momento em que o controle deverá ser exercido e sobre a extensão em cada situação. Caso seja preventivo, concomitante e sucessivo à implementação dos programas públicos sociais e econômicos, ou seja, em três momentos distintos: na formulação, na execução ou na avaliação das políticas públicas.²³

Decerto, contudo, que através do ativismo não se está a advogar que os juízes devam exercer a função legiferante em caráter principal, ou que devam, indiscriminadamente, assumir o controle das políticas públicas.

Ao contrário, o que se prega não é nada além do que a atuação da magistratura quer no exercício regular de suas funções típicas, quer na correção, *em caráter excepcional*, de omissões do Executivo ou do Legislativo, em matéria de direitos fundamentais que demandem uma prestação positiva do Estado.

Por fim, não se pode negar que, em que pese o objetivo central do ativismo seja a efetividade da Constituição e a defesa do cidadão (finalidade última do próprio Direito), existe uma linha tênue entre o abuso das funções do Poder Judiciário e seu exercício regular, pleno e efetivo, que, entretanto, não pode ser descaracterizado sob a pecha de um ativismo inconstitucional.

²³EMERIQUE, LILIAN BALMANT. Controle judicial das políticas públicas. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/www.inverbis.com.br?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9709&revista_caderno=9>. Acesso em: 09 de mar de 2016.

De fato, a linha é tênue, mas não é imperceptível, e pode ser perscrutada à luz das modernas teorias hermenêuticas sobre a criatividade judicial, de uma concepção mais atual da teoria da separação dos poderes, e dos limites impostos por ordenamento e doutrina.

Destaca-se que a saúde suplementar possui categorias de atividades no setor privado, entre elas: cooperativas médicas, seguradoras, empresas de medicina de grupo e planos de empresas.

As cooperativas médicas estão regulamentadas na Lei 5.764 de 16 de dezembro de 1971, que dispõe em seu artigo 4º que são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeita aos serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades por características previstas na lei.

O contrato é de sociedade cooperativa em que as pessoas se obrigam a contribuir com bens e atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.²⁴

As empresas da medicina de grupo se classificam na modalidade de empresas ou entidades que operam Planos privados de Assistência à Saúde, exceto filantropia e cooperativa médica, conforme o artigo 15 da resolução de Diretoria Colegiada nº 39/2000.

Quanto ao seguro saúde estão regulamentados nos artigos 757 Código Civil Brasileiro²⁵ e é considerado um “acordo realizado entre um segurador e assegurado para garantia de um risco: o segurador aceita cobrir o risco, o segurado se compromete a pagar o prêmio (SCAFF, 2010, p. 39)”.

Já os contratos de planos de saúde que serão detalhados no capítulo seguinte, podemos dizer que “as operadoras de planos privados de assistência à saúde são pessoas jurídicas de direito privado, com liberdade de forma societária, que prestam serviços próprios através de terceiros, mediante prestações pecuniárias (SCAFF, 2010, p.51)”.

Portanto, ressalta que a intervenção do Judiciário acaba sendo uma forma protetiva da norma fundamental, sendo um mediador com a tensão entre a sociedade e Poder Público, enfrentando a crise social, garantindo o mínimo de direitos e garantias essenciais a vida digna, como um serviço de saúde de qualidade e como tal, é regulada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, órgão que deve ser capaz de tratar dos assuntos mais difíceis e atuais, garantindo a dignidade dos consumidores.

²⁴ Artigo 3º da lei 5764/1971.

²⁵ Art. 757 CC: Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

2. CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

Como vimos, o setor de saúde suplementar passou a caminhar lado a lado com a saúde pública, desde a concepção da Constituição Federal de 1988 e consequentemente foi criada a lei 9.656/1998 que não se limitou a normatizar em busca da manutenção e qualidade das coberturas assistenciais.

Nesse sentido, o setor de saúde suplementar por ser independente não deteve referencial no Estado, mas também obteve modo de permitir ao cidadão o acesso igualitário aos serviços que visam o restabelecimento da saúde, incluindo a assistência à saúde como uma livre iniciativa privada podendo ser um complemento ao sistema público saúde (SUS).

A regulamentação dos planos privados e assistência à saúde foi criada através da Lei 9.656/1998 onde apresentou algumas alterações dentre elas foi o fortalecimento do papel do Ministério da Saúde e na assistência da regulação, garantindo a manutenção e qualidade das coberturas e formando regras de proteção contratual dirigidas aos planos privados de saúde.

O contido no artigo 3º da Lei 9.961/2000 dispõe “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”.

Pode-se perceber o empenho em levar qualidade aos consumidores durante o processo da regulação da Saúde Suplementar e com isso, surgiram novos instrumentos legais, como o Código de Defesa do Consumidor e a própria Agência de Saúde Suplementar que busca possibilitar que as operadoras aumentem sua eficiência e capacidade de gestão e tenham os direitos respeitados.

Os contratos de planos de saúde entre as empresas privadas e seus beneficiários são estruturados sob a forma de adesão, respeitando o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor²⁶.

Prova disso, a defesa do consumidor, hipossuficiente e vulnerável nas relações jurídicas tem previsão e fundamento no artigo 5º, XXXII e artigo 170, V da Constituição Federal e, atualmente contida na Súmula 69 do STJ, a qual dispõe que “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

²⁶Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Um dos direitos básicos do consumidor está contido no artigo 6º do CDC que dispõe sobre a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preços, e riscos que apresentem.

Portanto, as cláusulas contratuais deverão ser transparentes, evidentes, merecendo destaque quanto às exclusões de coberturas para que o consumidor não seja surpreendido, porém, mesmo assim, deverá ser interpretada de maneira mais favorável.

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Art. 54, [...]; §3º. Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor; § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Conforme o enunciado 411, V Jornada de Direito Civil, o descumprimento de contrato pode gerar dano moral, quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988. E na maioria desses casos, são relacionados aos contratos de plano de saúde, uma vez que apresenta semelhança com contrato de fornecimento de serviços médico-hospitalares, que necessita da boa-fé contratual, caracterizado como contrato de consumo.

Nesse sentido, entende o STJ:

Direito do consumidor. Contrato de seguro de vida inserido em contrato de plano de saúde. Falecimento da segurada. Recebimento da quantia acordada. Operadora do plano de saúde. Legitimidade passiva para a causa. Princípio da boa-fé objetiva. Quebra de confiança. Os princípios da boa-fé e da confiança protegem as expectativas do consumidor a respeito do contrato de consumo. A operadora de plano de saúde, não obstante figurar como estipulante no contrato de seguro de vida inserido no contrato de plano de saúde, responde pelo pagamento da quantia acordada para a hipótese de falecimento do segurado se criou, no segurado e nos beneficiários do seguro, a legítima expectativa de ela, operadora, ser responsável por esse pagamento” (STJ, REsp 590.336/SC, Rel. Min. Fátima Nancy, j. 07.12.2004, 3.a Turma, DJ 21.02.2005, p. 175).

A operadora do plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado

com o consumidor/segurado, como nos estudaremos a seguir.²⁷

Outro ponto prejudicial é a publicidade abusiva encontrada no art. 37, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*: “É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência do julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”. (TARTUCE, 2014, p. 129)

Os contratos de plano de saúde por possuírem uma característica relevante em dar o cumprimento e assistência à saúde e vida do beneficiário e consumidor, diretamente relacionado a dignidade da pessoa humana, em razão da necessidade e patologia que necessita de um suprimento ou tratamento para a sua melhora e restabelecimento na prestação do serviço.

“Os contratos de conotação privada com intuito de disponibilização de serviços em massa baseiam-se no pagamento de um valor pelo contratante que adere ao plano e em troca possui o direito a serviços delimitados a oferta ao público em geral (BARGUGIANI, 2015, p. 30)”.

Convém destacar que:

Em vez do reembolso de serviços a ser prestado por terceiros, a própria empresa de planos de saúde assumirá, por meio dos profissionais e dos recursos hospitalares e laboratoriais por ela credenciados e que com ela mantêm vínculos duradouros e efetivos, a obrigação de prestar os serviços necessários e pretendidos pelo consumidor (SCAFF, 2010, p.51).

Ocorre que, quando se verifica na prática, existe uma aproximação, em razão do seguro-saúde indicar uma lista dos médicos, hospitais e laboratórios que estão vinculados e os que têm remuneração dos serviços prestados sem que “haja o reembolso dos segurados por pagamentos inicialmente feitos aos prestadores de serviços, agindo de modo análogo, neste ponto, ao que realizam as empresas de planos de saúde”²⁸.

Ao elaborarem os seus contratos de plano de saúde, as operadoras devem respeitar as disposições contidas na Lei 9.656/98 e nas normativas editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, sob pena de serem autuadas e, conseqüentemente, serem multadas conforme as infrações que cometerem.

²⁷REsp 418572/SP Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMAO 4 TURMA DJe 30/03/2009 Ementa CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAUDE. ALTERACAO UNILATERAL DO CONTRATO. INTERNACAO EM HOSPITAL NAO CONVENIADO. CDC. BOA-FE OBJETIVA.

²⁸SCAFF, Fernando Campos. Direito à saúde no âmbito privado. Contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. Editora saraiva. São Paulo, 2010, p.51.

O rol de procedimentos indicado pela Agência Reguladora é meramente exemplificativo, ou seja, mesmo não estando na lista de procedimentos, não faz entender que a administradora não deverá custear o tratamento. Nesse caso, cabe ao médico decidir o tratamento adequado para o paciente e consumidor.

Quem segue este entendimento é o Tribunal de Justiça de São Paulo, que aprovou a súmula 102, cujo teor é o seguinte: “Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.”

“A multiplicidade de normas que regulam a prestação de serviços de saúde privado prejudica a inteligência e pondera que disposições vigentes devem respeitar o Código de Defesa do Consumidor (BARBUGIANI, 2015, p. 21)”.

Portanto, as cláusulas descritas nos contratos que desrespeitarem o Código de Defesa do Consumidor são consideradas nulas e abusivas quando tratarem de recusa de eventos médicos indispensáveis ao restabelecimento do portador de deficiência e patologia, como por exemplo, quem sofre de uma doença rara que necessita de um tratamento específico, o qual não está no rol de Procedimentos da ANS.

2.1. Dos principais princípios contratuais nas relações de consumo

No presente tópico, iniciaremos o estudo sobre os princípios norteadores dos contratos, pois dada a importância da disciplina, é necessária uma abordagem ampla para reconhecer a prevalência da principiologia contratual.

Trataremos sobre os principais princípios que estão ligados a relação de consumo nos planos de saúde, que são: transparência e da confiança, boa-fé objetiva que já fora tratada no tópico anterior, função social do contrato, vulnerabilidade e equilíbrio contratual.

O princípio da transparência ou confiança está inserido no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor que, segundo (FARIAS, 2014 p. 26), é preciso que “as informações do produto ou serviço a ser vendido, como também o contrato que será pactuado sejam claras e corretas, transparentes, não deixando dúvidas aos consumidores”

Este princípio traz a ideia de reequilibrar as relações contratuais, dando maior harmonia e transparência no consumo.

(...) o princípio da transparência, essencialmente democrático ao reconhecer que na sociedade o poder não é exercido só no plano da política mas também no da economia, adquiriu importância especial no Código de Defesa do Consumidor, para controlar o

abuso do poder econômico, de quem passou a exigir visibilidade e lisura nas relações jurídicas de consumo(...) (SILVA, 2003, p. 68).

São direitos básicos do consumidor: a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos apresentados, ou seja, quando o usuário for contratar um plano de saúde, o contrato deverá ser claro e transparente, delimitando todos os níveis, procedimentos, tratamentos a serem cobertos para não haver eventual desequilíbrio e abusividade contratual.

Outro direito do consumidor é a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento dos produtos e serviços. Nesse caso, o contrato que não estiver claro quanto à cobertura de um determinado evento médico pode ser considerado abusivo e nulo de pleno direito.

Em determinados contratos, os fornecedores não advertem em relação aos serviços não constantes no contrato e isso, de certa forma, abala a confiança do consumidor²⁹, cujo contrato deverá possuir cláusulas claras e corretas³⁰, com linguagem compreensiva, frisando os limites dos consumidores.

Portanto, tal princípio é importante para a relação de respeito entre fornecedores e consumidores, em que há uma proteção em face da abusividade e informações enganosas e com estamos falando em saúde, a transparência ainda é imprescindível para não haver a violação ao direito à vida, que ao contrário, poderá haver danos nas vidas dos consumidores.

O tratamento disposto pelo Código Civil de 2002 sobre função social do contrato, revela que “a socialização de propriedade culminou por se refletir na seara contratual, fazendo com que o legislador deixasse de conceber o contrato como elemento socialmente agregador”. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p.53)

Dito isso, o Código Civil abriu espaço para a teoria geral dos contratos, em que no seu artigo 421, prevê a liberdade de contratar que será exercida em razão dos limites da função social do contrato.

²⁹ Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

³⁰ Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

“O exercício da liberdade de contratar será legítimo se atender os limites da função social e as partes na celebração do contrato devem prestar homenagem na conclusão e sua execução aos princípios da probidade e boa-fé (BARBUGIANI, 2015, p.38)”.

Importa destacar a lição de Claudia Lima Marques quando diz que:

A nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento para a qual não só o momento da manifestação da vontade importa, mas onde também e principalmente efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha importância (MARQUES, 2007 p. 50/51).

Ainda assim, “a procura de um equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel de lei como limitadora e verdadeira legitimadora da autonomia da vontade (MARQUES, 2007, p. 50/51)”. Podemos entender que não somos tão livres para contratar, pois devemos analisar os contratos pautadamente para que não haja desequilíbrio e desrespeito no meio social.

Observa-se também o Enunciado 21 do Conselho da Justiça Federal prevê que a função social do contrato “constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”; o Enunciado 22, aprovado na I Jornada de Direito Civil, estabelece, *in verbis*: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

Um exemplo da “conservação do contrato, está previsto no Enunciado 361, aprovado na IV Jornada de Direito Civil com o instituto do “adimplemento substancial” que decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”.

Nas lições de Leonardo Vizeu Figueiredo:

A função social do contrato de plano de assistência à saúde é garantir ao beneficiário, o qual contribui periodicamente para a formação e manutenção de um fundo pecuniário do plano, direito ao atendimento médico, no caso de sinistralidade contratualmente coberta, assegurando, ainda, que o custo financeiro pelo procedimento prestado corra às expensas da respectiva operadora, qual administra o referido fundo para tanto (FIGUEIREDO, 2006, p.177).

Em verdade, o princípio da função social do contrato não pode deixar de lado o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor que protege a parte mais vulnerável da relação contratual e ainda valoriza que a conservação também possui um traço que a relaciona com o

princípio da função social dos contratos, o que parece ser a melhor opção principiológica, conforme preconiza Tartuce:

Quando o Código Consumerista reconhece a possibilidade de uma cláusula considerada abusiva declarar a nulidade de um negócio, está totalmente antenado com a intervenção estatal nos contratos e com aquilo que se espera de um direito contemporâneo mais justo e equilibrado (TARTUCE, 2014, p. 54).

Vale ressaltar que os contratos que não há proteção pelo direito do consumidor, “devem ser interpretados no sentido que melhor contemple o interesse social, que inclui a tutela da parte mais fraca do contrato, ainda que não configure adesão (LOBO, 2002, p. 17)”.

Portanto, observa-se que a negativa de alteração dos termos nos contratos, implicará não só na anulação, mas a nulidade absoluta e de pleno direito como cláusula abusiva, por violar princípios de ordem jurídica.

A boa fé contratual exige que “as partes ajam com honestidade e transparência, visto que nas relações de consumo entre fornecedores e consumidores a intenção maior é a clareza (FARIAS, 2014, p.21)”.

O Código de Defesa do Consumidor prevê que a política de relações de consumo deve seguir, entre os outros princípios, a boa-fé, visto que é um princípio essencial para que as partes ajam com transparência e respeito, além da formação da liberdade contratual.

Em função disso, importante ressaltar que a existência da boa-fé deverá iniciar na execução da prestação de serviço, isto é, “o contrato deve ser cumprido com a observância da Constituição, da lei, princípios do direito, especialmente com a aplicação da boa-fé (FARIAS, 2014, p.21)”.

A partir desta reflexão:

A boa-fé significa a transparência obrigatória em relação aos contratantes, um respeito obrigatório aos interesses do outro contratante, uma ação positiva do parceiro contratual mais forte com relação ao parceiro contratual mais fraco, permitindo as condições necessárias para a formação de uma vontade liberta e racional (PALUDO, 2005, p.5).

A consecução do contrato deve ser presidida pela boa-fé objetiva. Coaduna-se com esse entendimento, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 67) que: “a boa-fé objetiva impõe também a observância de deveres jurídicos anexos ou de proteção, não menos relevantes, a exemplo dos deveres de lealdade e confiança, assistência confidencialidade ou sigilo, confiança, informação, etc.”.

A interpretação legal está prevista no artigo 113 do Código Civil quando prevê que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Podemos compreender também que a boa-fé possui função criadora e de proteção da lealdade, assistência, informação, sigilo ou confidencialidade, pois deve haver fidelidade aos compromissos assumidos e cooperação³¹ quando um contrato for para ser cumprido.

É através da boa-fé objetiva, que evitam a abusividade dos direitos. Na seara contratual, essa preocupação se dá a evitar as denominadas de “cláusulas abusivas” e como o próprio artigo 187 do Código Civil prevê, que “comete o ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo exceder manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social pela boa fé ou pelos bons costumes”.

O princípio da boa-fé também está disposto no artigo 422 do Código Civil que obriga os contratantes quando na execução e conclusão do contrato³², respeitarem a probidade e boa-fé.

Ocorre que, segundo o entendimento doutrinário, houve uma falha na legislação ao prever que a obrigação somente estará na execução e conclusão do contrato, “uma vez que podem existir nas fases preliminares, das primeiras negociações, como também na pós- eficácia das obrigações (GAGLIANO e PAMPLONAFILHO, 2012, p.77)”.

A uniformidade das prestações contratuais, tendem a um “maior equilíbrio em atenção ao respeito da boa-fé objetiva e ao repúdio ao enriquecimento ilícito, circunstancia de relevância extraordinária num contrato de plano e seguro de saúde (BARBUGIANI, 2015, p.38)”.

Portanto, o que podemos perceber nesse princípio é que os contratantes tem o dever de agir com sinceridade, verdade, lealdade e transparência, sem objetivos mal disfarçados de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízo ao outro.

Sobre o princípio da equidade e abusividade contratual, podemos primeiramente dizer que a palavra “equidade” é conceituada como “disposição para reconhecer parcialmente o

³¹ Segundo as lições de Paulo Roberto Nalin, o dever de cooperação, de outra forma, se reporta à obrigação de se facilitar o cumprimento obrigacional, com base nos critérios e limites usuais ditados pelos usos, costumes e boa-fé. A cooperação é encarada no mais, em duplo sentido, apesar de sua natural tendência de favorecimento ao devedor, exigindo de ambos os contratantes uma postura de solidariedade(NALIN, 1998, p.198).

³²O CDC avançou mais decisivamente nessa direção, ao incluir na oferta toda informação ou publicidade suficientemente precisa (art. 30), ao impor o dever ao fornecedor de assegurar ao consumidor cognoscibilidade e compreensibilidade prévias do conteúdo do contrato (art. 46), ao tornar vinculantes os escritos particulares, recibos e pré-contratos (art. 48) e ao exigir a continuidade da oferta de componentes e peças de reposição, após o contrato de aquisição do produto (art. 32) (LOBO, 2002, p.20).

direito de cada um” e equilíbrio nas relações entre fortes e fracos, suprir lacunas da lei, aplicando as demais fontes do direito como costumes (FARIAS, 2014, p. 25).

Novamente, estabelece o artigo 51 do CDC sobre a nulidade da cláusula incompatível com boa fé ou a equidade que atingem obrigações desiguais e desproporcionais, restando-as nulas. A equidade não “concebe autonomamente, mas como critério de heterointegração do princípio da boa-fé (LOBO, 2002, p.187/195)”.

Como próprio nome já denomina, a equidade pretende formar um equilíbrio na relação com funções dos fornecedores e consumidores, garantindo a evolução do negócio jurídico, evitando a prática abusiva ou alguma situação violadora das relações consumeristas.

Lôbo (2002, p. 187/185), idealiza que o aspecto subjetivo deste princípio:

Leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade. A lei presume juridicamente vulneráveis o trabalhador, o inquilino, o consumidor, o aderente de contrato de adesão. Essa presunção é absoluta, pois não pode ser afastada pela apreciação do caso concreto. O aspecto objetivo considera o real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais, que pode estar presente na celebração do contrato ou na eventual mudança do equilíbrio em virtude de circunstâncias supervenientes que levem à onerosidade excessiva para uma das partes.

Nesse sentido, inicia-se o estudo de outro princípio importante que é o da vulnerabilidade e abusividade nos contratos.

O conceito de vulnerabilidade é diverso do de hipossuficiência e bem trazido. Todo consumidor é sempre vulnerável, “característica intrínseca à própria condição de destinatário final do produto ou serviço, mas nem sempre será hipossuficiente”. Assim, enquadrando-se a pessoa como consumidor, fará jus à os benefícios previstos nesse importante estatuto jurídico protetivo (TARTUCE, 2014, p 44).

Cristiano Heineck Schmitt e Claudia Lima Marques (1997, p.11) preconiza que:

Essa fragilidade pode ser vista, ao menos, sob três enfoques, todos eles direcionados à manutenção da igualdade entre consumidor e fornecedor nas relações de consumo. Num primeiro momento, a vulnerabilidade do consumidor deve ser observada a partir da publicidade. Modernas técnicas de *marketing*, aliadas a uma maciça publicidade e mecanismos de convencimento e de manipulação psíquica utilizados pelos agentes econômicos, criam necessidades antes inexistentes, bem como representações ideais de situações de vida que induzem o consumidor a aceitá-las. O indivíduo tem sua manifestação de vontade fragilizada, já não mais determinando suas prioridades e necessidades, e isso ocorre normalmente de forma por ele despercebida. Num segundo momento, a vulnerabilidade do consumidor possui natureza *técnico-profissional*. Somente os fornecedores possuem o conhecimento técnico e profissional específico de sua atividade, ao contrário do consumidor, que normalmente se vê privado desse conhecimento. O terceiro enfoque que justifica a proteção do consumidor na busca pela sua igualdade frente ao fornecedor é sua vulnerabilidade *jurídica*. Somam-se às técnicas de contratação de massa, representadas pelos contratos de adesão, pelas

condições gerais dos negócios e pelos demais instrumentos contratuais utilizados normalmente pelos fornecedores, empresas, setores jurídicos próprios, preparados para conflitos judiciais e extrajudiciais.

Sobre isto, Olga Maria do Val entende que “é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, com o produzir e para quem produzir (VAL, 2001, p 98)”.

Nesse sentido, a vulnerabilidade é a fragilidade do consumidor em comparação aos critérios definidos pelo contratado, pois em maioria das vezes, o fornecedor possui uma condição técnica e está em maior vantagem nas relações de consumo.

Cabe expor a diferença entre vulnerabilidade e hipossuficiência, ambos termos jurídicos que estão presentes nas relações jurídicas que podemos dizer que:

O conceito de vulnerabilidade é diverso do de hipossuficiência. Todo consumidor é sempre vulnerável, característica intrínseca à própria condição de destinatário final do produto ou serviço, mas nem sempre será hipossuficiente, como se verá a seguir (...). Assim, pode-se dizer que a vulnerabilidade é elemento oposto da relação de consumo e não pressuposto, em relação a hipossuficiência (TARTUCE, 2014, p. 44).

A hipossuficiência deverá ser verificada de acordo com o caso concreto, onde se verifica por exemplo que não pode arcar com custas processuais, honorários advocatícios, entre outras custas que possuem custos mais altos, transparecendo assim, uma fragilidade processual.

Dessa forma, o princípio da vulnerabilidade traz para o consumidor uma certa proteção, pois está em submissão à ordem econômica das partes envolvidas.

Quanto à abusividade nos contratos:

O reconhecimento da abusividade de uma disposição contida em um contrato médico detentor de caracteres clássicos ou daqueles próprios às celebrações de massa, não surge espontânea ou instantaneamente com a visão de um fenômeno desde logo pronto e acabado, que carregue em si todos os elementos suficientes à sua exata caracterização (SCAFF, 2010, p. 71).

Disso decore da vantagem exagerada do fornecedor e a possibilidade de modificação das cláusulas contratuais que estabelecem obrigações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que a tornem excessivamente onerosas (artigo 6º CDC)

Pode-se perceber que a abusividade é mais abstrata, ao frustrar o consumidor quanto aos serviços contratados pelo consumidor, que entende ter direito e seu serviço lhe é negado, sendo essencial a verificação se há uma abusividade nas cláusulas contratuais.

2.2. Da responsabilidade civil no direito à saúde

Desde o Código Civil de 1916, a figura da responsabilidade³³ civil já tinha o condão indenizatório, sendo consolidada a ideia da culpa, submetida pela teoria subjetiva. Diante da evolução quanto ao campo da responsabilidade civil, o Código Civil de 2002, fez algumas alterações, mantendo a teoria subjetiva como regra e recepcionando a teoria objetiva.

Antes de estabelecer as diretrizes oriundas da responsabilidade civil no âmbito do direito da saúde, quanto às pretensões de ressarcimento por danos causados aos pacientes ou beneficiários nos compete apresentar o conceito institucional da responsabilidade civil, no ordenamento jurídico brasileiro.

Maria Helena Diniz conceitua responsabilidade civil como, “a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou por imposição legal (DINIZ, 2003, p.36)”.

Podemos ressaltar que a responsabilidade civil, “deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas”. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 53).

Segue afirmando que, “a responsabilidade pode ser derivada de um contrato, e nesta, ocorre à violação do que foi estipulado pelas partes e a extracontratual ou aquiliana, decorrente da infringência de uma norma”. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 61).

Havendo dano, produzido injustamente na esfera alheia, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade e, exatamente, para a sua própria existência e o desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente personalizado. É que investidas ilícitas ou antijurídicas no circuito de bens ou de valores alheios perturbam “o fluxo tranquilo das relações sociais, exigindo, em contraponto, as reações que o Direito engendra e formula para a restauração do equilíbrio rompido (BITTAR, 1993, p. 16)”.

O conceito de responsabilidade civil, para Venosa é “classificado como toda a ação ou omissão que gera prejuízo a outrem e que acarreta o dever de indenizar, se ausente às causas

³³ DIAS, Clara Angélica C.G. “Responsabilidade, palavra oriunda do *latim* “*respondere*”, significa responder, responsabilizar-se, assumir o pagamento do que se obrigou ou a obrigação decorrente do ato que praticou. Em sentido amplo, revela o dever jurídico em que se coloca a pessoa em razão de um contrato ou de uma lei para satisfazer uma obrigação devida ou para suportar sanções legais que se lhe impõe pela obrigação a cumprir. Ela decorre, portanto, da convenção, do contrato ou então da lei.

excludentes de indenização (VENOSA, 2012, p.86)”.

Nosso ordenamento jurídico vigente, no tocante a responsabilidade civil imputa a reparação do dano causado, a quem, por ato ilícito, causar dano a outrem, como preceitua os artigos 186³⁴ e 927³⁵ do Código Civil de 2002.

Analisando o dispositivo vigente, é mister a presença de alguns requisitos para a configuração do ato ilícito, quais sejam: ato voluntário; nexo de causalidade; dano e culpa, nos casos de responsabilidade civil subjetiva.

Conclui-se então, que a responsabilidade é a obrigação de reparar o prejuízo causado a outrem, sendo que a consequência da execução de um ato ilícito é a reparação do dano sofrido pela vítima, a fim de restabelecer o estado anterior ou, diante da impossibilidade, compensar a parte lesada pelo mal sofrido (BONFIM, 2008).

A utilização do termo responsabilidade civil é para designar várias situações no campo jurídico, valor pela qual se atribui a um indivíduo o dever de assumir os resultados de um acontecimento ou de uma ação, mas o importante é encarar a responsabilidade como fato ou ato punível, moralmente reprovável, que viola direitos de outrem e acarreta reflexos jurídicos, por conseguinte, o dever de indenizar, é demonstrado na existência de uma ação ou omissão voluntária de dano a um sujeito passivo e uma relação de causalidade entre o dano e a ação ou omissão.

Logo, para a configuração do ato ilícito é indispensável: “fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; ocorrência de um dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e a conduta”. (DINIZ 2003, p. 180). Então, surge o direito de pleitear indenização por parte do lesado decorrente da lesão causada.

A responsabilidade civil tinha com fundamento a culpa do agente, seguindo a teoria subjetiva onde a culpa era elemento primordial da responsabilidade civil. A teoria objetiva é fundada na teoria do risco segundo o qual o dano deve ser reparado devido à relação de causa e o comportamento do agente e o dano sofrido pela vítima.

No ordenamento jurídico brasileiro o dano consiste pela natureza moral ou extrapatrimonial e dano material ou patrimonial.

³⁴Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

³⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Existem situações que é o caso de objeto de estudo em que surge prestação médica realizada no âmbito de contrato de seguro ou do plano de saúde.³⁶

Nesse sentido, o Código Civil, em seu artigo 932, II, dispõe que são também responsáveis os empregadores ou comitentes, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele, ou seja, todo o atendimento prestado pelo agente de saúde que age em nome do hospital ou operadora de saúde.

Pode-se dizer que a natureza do contrato prevalece, todavia, os deveres foram alterados pelas situações em concreto, como, “impedimento à livre inserção, nos contratos de prestação de serviços profissionais e próprios da relação de consumo, de cláusulas exoneratórias de responsabilidade (SCAFF, 2010 p.122)”.

Cavaliere Filho (2007, p. 70) nos ensina o seguinte, “não haveria que se falar em indenização, nem ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode-se haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem danos”

Quanto aos contratos relacionados a prestadores de saúde, é mista dizer que está no campo da responsabilidade contratual, a qual pode ser classificada em contratação direta, que ocorre quando os profissionais de saúde são procurados diretamente pelo consumidor e não há formalidade; contratação indireta, que ocorre quando o profissional de saúde é procurado através do plano ou contrato de seguro-saúde.

O objeto do estudo, relaciona-se a contrato de prestação de serviços entre o consumidor e a operadora que aquele contrata e nesse caso, deve ser abrangido pela legislação do Código de Defesa do Consumidor, como, por exemplo, o artigo 4º dispõe sobre a vulnerabilidade da relação de consumo, esta será tratada mais adiante em tópico próprio.

Ainda assim, há um direito do consumidor que é a reparação aos danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos ou difusos, como predomina o inciso VI do artigo citado, além disso, o Código do Consumidor dispõe sobre a existência da responsabilidade objetiva e solidária pelos danos causados. Logo, quando existir mais de um responsável pelo dano, responderão solidariamente, nos termos do artigo 25, parágrafo 1º da Lei nº 8.078/90.

Quanto à responsabilidade subjetiva nos casos dos profissionais de saúde, será verificada a ocorrência da culpa, segundo o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, quando houver comprovação da culpa, seja do profissional, hospital,

³⁶ “Quando se faz referência aos antes recordados problemas da concorrente responsabilidade da estrutura médica e do operador, por uma consistente orientação jurisprudencial reputada contratual a primeira e extracontratual a segunda (...) manifestada tendência a entender coincidente, em sentido contratual, mesmo em tal último caso, o título de responsabilidade da estrutura e do médico, parece posteriormente esvaziado (SCAFF, 2010, p.121)”.

plano de saúde, deve haver o chamamento ao processo de todos os envolvidos. E serão responsáveis solidariamente.

É importante ressaltar que existe a isenção da responsabilidade no caso em que o fornecedor de serviços provar que o defeito não existe e que houve culpa exclusiva do consumidor e de terceiro.³⁷

Em relação aos planos de saúde, consideramos que devem haver diretrizes que estabeleçam informações adequadas e necessárias aos contratantes, pois é um dever do fornecedor³⁸ a informação clara sobre os diferentes produtos e serviços, bem como os riscos que apresentem.

Nesse caso, o fornecedor será responsável independentemente de culpa pelos danos causados ao consumidor pelo defeito à prestação, bem como por realizar informações insuficientes e inadequadas.

A partir da reflexão sobre a responsabilidade civil, existe o instituto do dano moral que faz parte da indenização. Podemos compreender que o dano moral, consiste na lesão de direito cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, “então dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima, bens juridicamente tutelados constitucionalmente (GAGLIANO e FILHO, 2012, p. 55)”.

O dano moral nos ensinamentos de Venosa, “é o prejuízo que afeta o alento psíquico, moral e intelectual da vítima, e sua atuação está relacionada aos direitos da personalidade (VENOSA, 2012, p. 41)”.

O autor ainda ressalta que:

Não há de se identificar o dano moral com a dor física ou psíquica. Será moral o dano que ocasiona distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como foi definido, um desconforto comportamental a ser examinado a cada caso (VENOSA, 2012, p. 41).

Uma nova concepção argumentativa oriunda dos ensinamentos de Yussef Cahali, sobre o dano moral:

³⁷ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

³⁸ A responsabilidade solidária será de todos os que contribuírem para um dano, incluído o fabricante, comerciante ou importador de um determinado produto que foi incorporado ao serviço, como comumente ocorre em operações e tratamento médicos em que o cirurgião utiliza próteses, pinos de sustentação, agulhas, etc. (BARBUGIANI, 2015, p.45).

O dano moral se caracteriza pelos seus próprios elementos; como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, então se classificam, desse modo, em dano que afeta a precipuamente a parte social do patrimônio (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.); dano moral, portanto provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.) (CAHALI, 2005, p. 22).

A reparação do dano moral, conforme o exposto foi elevado à categoria de direitos fundamentais pondo um fim às divergências doutrinárias e jurisprudenciais, com relação ao dever de se indenizar fixado pela Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º incisos V³⁹ e X⁴⁰.

Sergio Cavalieri recomenda para se evitar abusos e excessos na configuração do dano moral, que se deve observar o seguinte:

A dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no âmbito familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 83/84).

O poder judiciário tem papel fundamental na reparação por dano moral é ele que determina em equivalente o valor da indenização devida, levando em conta às circunstâncias de cada caso, competindo a seu livre arbítrio ponderar os elementos probatórios, demonstrado por todos os meios de prova. (DINIZ, 2009).

2.3. Da relação de consumo nos contratos médicos

Inexiste outra forma de se adquirir um plano de saúde que não seja por contrato, ou seja, qualquer atividade fornecida no mercado de consumo deverá ser mediante remuneração. Sabendo isso, foi-se necessário regulamentar a relação de consumo entre o plano de saúde e consumidor, por meio da lei ordinária e normas regulamentares que dispõem sobre o tema.

³⁹ V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

⁴⁰ X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

Para tanto, é necessário estudar os sujeitos da relação de consumo que são: consumidores, fornecedores e consumidores equiparados.

Primeiramente, o consumidor em uma origem econômica é o responsável pelo consumo de bens e serviços que podem ser instituições, indivíduos e grupos de indivíduos.⁴¹ Ele também pode ser considerado como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatário final” (art.2º do CDC).

Diante deste conceito, pode haver a contratação de um plano de saúde no plano individual ou familiar, com a indicação de familiares, considerados dependentes e beneficiários de plano de assistência à saúde. A contratação poderá ser garantida assistência à saúde, médico-hospitalar e odontológica. Logo, os dependentes ou legítimos consumidores adquirem o serviço como destinatários finais.

Também pode haver contratação por planos coletivos, empresariais ou até mesmo pode adesão e os consumidores legítimos são considerados, os quais envolvem assunto sobre saúde suplementar, em razão de que os dependentes são destinatários finais da prestação de serviço, isso significa que são as pessoas físicas que contratam por meio da pessoa jurídica e assim, utilizam o serviço.⁴²

Podem ser considerados sujeitos da relação de consumo, os consumidores equiparados. O conceito deste sujeito tem previsão no parágrafo único do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor. “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Nesse caso, podemos citar que poderá a “empresa, entidade ou órgão público promover ação judicial requerendo declaração de nulidade sobre reajuste abusivo de fatura, bem como a sua rescisão unilateral imposta pela operadora”⁴³.

O autor também cita que existem os outros conceitos de consumidores equiparados nos dispositivos do CDC, como no artigo 17, o qual diz que equiparam-se aos consumidores todas vítimas do evento. Este evento refere-se a hipóteses previstas quando existe defeito na prestação do serviço pela empresa, considerados acidente de consumo ou vício de insegurança.⁴⁴

⁴¹David W., Pearce, The Dictionary of Modern Economias, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1983, p. 80.

⁴²SCHEFFER, Márcio A exclusão de coberturas assistenciais nos planos de saúde privados. Saúde em Debate, Rio de Janeiro, v. 29, n. 71, p. 44, set./dez. 2005.

⁴³ Idem

⁴⁴ Idem. p. 47

Há também a possibilidade de equiparação aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas, nos termos do artigo 29 do CDC. Este artigo refere-se à práticas comerciais, incluindo as proteções contratuais contra abusividade.

E por fim, temos os fornecedores (art.3º CDC), considerados como

Toda pessoa física ou jurídica, público ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Entendemos que as operadoras de planos de saúde são consideradas como fornecedores, por prestarem serviços via contratação.

Como nós já vimos, a lei 9.656/98 que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde e que possui uma classificação quanto às coberturas de planos, vejamos:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

III - Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos.

As operadores de planos de saúde são pessoas jurídicas de forma societária, de direito privado, que destinam a “captar e administrar recursos necessários ao custeio de atividades de assistência à saúde do consumidor, prestando-as diretamente ou por terceiros”⁴⁵.

Note-se também que a ANS possui uma lista com o rol de todos os procedimentos e eventos em saúde, em que os planos de saúde oferecem para o tipo de plano que o usuário contrata e esta lista é válida para os contratos com vigência, a partir de 02 de janeiro de 1999 e os que foram anteriores a data, são válidos desde que sejam adaptados à lei dos Planos de Saúde.

⁴⁵SCHEFFER, M. A exclusão de coberturas assistenciais nos planos de saúde privados. Saúde em Debate, Rio de Janeiro, v. 29, n. 71, p. 48, set./dez. 2005.

Para melhor atender aos usuários, a Agência Nacional de Saúde classificou três tipos de contratação como o individual, onde é oferecido livre adesão para o beneficiário com ou sem um grupo familiar, caso haja a vinculação de algum dependente, este plano já será considerado familiar. O consumidor será vinculado pelo prazo de no mínimo um ano, nos termos do artigo 13 da Lei 9.656/98, após o período não há cobrança de renovação.

Sendo assim, o plano privado de assistência à saúde individual ou familiar estabelece que não extingue o contrato com a extinção do vínculo do titular do plano familiar, sendo garantido aos dependentes o direito à manutenção das mesmas condições contratuais.⁴⁶

Por exemplo, se um casal contratar um plano familiar e vier a separar, a ex-mulher poderá ser a titular e o filho poderá permanecer como dependente. Antes da Resolução Normativa 195/2009, havia a extinção do contrato e os dependentes teriam que firmar novo contrato, acarretando novos prejuízos monetários aos titulares, em razão d alteração do contrato, consequente novos prazos de carência, novos valores do plano contratado.

Todavia, o artigo 13 da Lei 9656/98 estabelece que a regra supracitada não pode ser extensiva aos inadimplentes⁴⁷. Além disso, caso o contrato não atinja a sua perspectiva, o consumidor poderá ajuizar uma ação de rescisão contratual sem multa compensatória.

Outra forma de contratação é o modelo coletivo empresarial, o qual oferece cobertura a uma pessoa jurídica por meio de relação empregatícia ou por estatuto e consequentemente deve haver um vínculo empregatício ou estatutário.

O artigo 5º da Resolução Normativa estabelece que o vínculo à pessoa jurídica pode abranger sócios, administradores, demitidos ou aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à pessoa jurídica contratante, ressalvada a aplicação do disposto no caput dos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998; IV. Além de, agentes políticos; trabalhadores temporários; os estagiários e menores aprendizes; e o grupo familiar até o terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro dos empregados e servidores públicos, bem como dos demais vínculos dos incisos anteriores.

⁴⁶ Artigo 3º, §1 Resolução Normativa n 195/09.

⁴⁷ Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001). Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: III - A suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

Vale ressaltar que há obrigatoriedade de somente a pessoa jurídica proceder ao pagamento diretamente à operadora que o empregado poderá ou não optar pelo desconto do salário referente a contribuição.

E por fim, o terceiro e último modelo, é o considerado coletivo por adesão que é “aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo com as pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial.”⁴⁸

A operadora deverá comprovar legitimidade da pessoa jurídica contratante e as pessoas jurídicas elencadas só poderão contratar por adesão, caso sejam constituídas há pelo menos um ano, com exceção aos conselhos profissionais, entidades de classe, sindicatos, centrais sindicais, confederações e federações.

No plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão não poderá ser exigido o cumprimento de prazos de carência, desde que o beneficiário ingresse no plano em até trinta dias da celebração do contrato coletivo. (Art.11 da Resolução Normativa 159/09).

Salienta-se que não cabe a cobrança direta nos contratos coletivos por adesão, devendo a pessoa jurídica efetivar o pagamento e descontar dos associados, exceto demitidos e aposentados.

Segundo Scaff (2010, p.65), “o serviço será feito visando a consecução do objetivo maior do enfrentamento da moléstia e o delineamento das cláusulas do contrato serão deixados para um momento subsequente, subvertendo a ordem usual de constituição de negócios”. Nesse sentido, existirá um papel importante quanto à relação entre o profissional de saúde e o paciente (consumidor).

Como vimos acima, é importante destacar o princípio da confiança legítima na relação do consumidor no momento da contratação. Que abrange questões relacionadas à boa fé objetiva e subjetiva, além de haver uma ligação ao direito à saúde conexo as relações de consumo, a qual devemos atentar à proteção da confiança nos variáveis momentos.

Tudo que fora extraído diante das relações de consumo pode ser aproveitado nos contratos de planos e seguro de saúde. Todavia, o consumidor usuário pode ser considerado dos serviços, o uso dos mecanismos se dará em proteção ao consumidor na relação contratual.⁴⁹

⁴⁸ I – conselhos profissionais e entidades de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão;

II – sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações;

III – associações profissionais legalmente constituídas;

IV - cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas;

V - caixas de assistência e fundações de direito privado que se enquadrem nas disposições desta resolução;

VI - entidades previstas na Lei nº 7.395, de 31 de outubro de 1985, e na Lei nº 7.398, de 4 de novembro de 1985;

⁴⁹ BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormane. Planos de saúde. São Paulo. Saraiva. 2015, p. 43.

3. A PROBLEMATICA DA ABUSIVIDADE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS CONTRATUAIS NOS TRATAMENTOS MÉDICOS

3.1. Contratos de Adesão no direito à saúde

O contrato de adesão pode ser conceituado como o que verbaliza todas as cláusulas previamente estipuladas pela parte para que a outra que tem a necessidade de contratar, se submete a este e que não possui poderes para discutir sobre as condições gerais do contrato.

Os contratos de plano de saúde são classificados como contratos de adesão por haverem cláusulas prefixadas, devendo ser redigidas com destaque, permitindo fácil compreensão. Essas cláusulas são elaboradas unilateralmente pelo fornecedor, sem que haja modificação do conteúdo pelo consumidor.⁵⁰

Scaff (2010, p. 31) ressalta que:

Os planos e seguros de saúde são contratos de adesão cujos serviços regulados se interpenetram, fazendo com que a distinção entre eles diminua e praticamente desapareça na medida em que planos passaram a prever o ressarcimento das despesas com profissionais da saúde ou atendimento médico e ambulatorial.

Dito isso, é importante destacar que há um conflito entre as partes, no caso objeto de estudo, é de um lado tem-se o direito fundamental à saúde do consumidor e de outro, a autonomia privada, a qual permite limites contratuais, mas desde que respeitem o princípio da transparência, destacando e de excelente compreensão.

Sérgio Cavalieri Filho (2011, p. 153) doutrina:

Depreende-se desse conceito legal (art.54 do CDC) que as cláusulas gerais do contrato de adesão podem ser estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor ou pela autoridade competente. É o caso, por exemplo, da SUSEP, que rege em grande parte o contrato de seguro; do BACEN da Caixa Econômica, que estabelece o conteúdo dos contratos do sistema de habitação; das Agências Reguladoras, que determinam as regras gerais, pelo menos em grande parte, dos contratos de prestação de serviços públicos.

⁵⁰ Art.54 do CDC: O contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Atualmente, nas questões referentes ao direito à saúde estão contidas as condições gerais no contrato de adesão⁵¹ que constituem em “regulação contratual predisposta unilateralmente e destinada a se integrar de modo uniforme, compulsório e inalterável a cada contrato de adesão que vier a ser concluído entre partes (SCAFF, 2010, p.55)”.

A saúde, como sabemos, é um serviço essencial, de ordem pública, que exige rigorosa fiscalização estatal. Este direito fundamental também não pode ser confundido com objetos dos contratos, pois é hierarquicamente superior, devendo prevalecer as normas garantidoras dos direitos dos consumidores.⁵²

Com toda esta relevância, deve-se aplicar as normas das relações sociais, estendendo o sentido da norma e relações novas, o que na maioria das vezes, percebe-se a existência de práticas⁵³ e cláusulas abusivas⁵⁴.

O Código de Defesa do Consumidor traz um rol extenso no artigo 39⁵⁵, que exemplifica os exemplos de práticas abusivas.

Tipos de clausula abusiva: puramente protestativa, de não indenizar, inversão de provas, eleição de foro, possibilitem a rescisão unilateral por parte do fornecedor.

⁵¹Não há mais como reverter a pratica dos contratos de adesão na área da saúde suplementar principalmente pelo fato de que o atendimento a milhares de consumidores que subscrevem propostas de planos de saúde seria inviável. Daí porque se adota a máxima de Ripert: “Se quisesse passar sem o contato de adesão, seria preciso dispensar também a produção em série, a economia em escala e o consumo em massa”. (SILVA, 2010, p. 145-146)

⁵²FARIAS, Carolina Steimuller; FARIAS, Thélío Queiroz: Praticas abusivas das Operadoras de Planos de Saúde. 2 ed. Anhanguera Editora – Leme/SP, 2014, 40

⁵³ FARIAS, 2014 p. 44. É o gênero, é a desconformidade com os padrões de boa conduta em relação ao consumidor.

⁵⁴ FARIAS, 2014 p.43. “É toda disposição contratual que fere direta ou indiretamente, norma legal ou princípio jurídico, seja ela inscrita em contrato de adesão ou em qualquer outro contrato de consumo, escrito ou verbal”.

⁵⁵ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço; IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes; VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos; VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro); IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços; XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério; XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido. Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

Ocorre que, todos os rolos previstos tanto no artigo 39 como no artigo 51 do CDC, são exemplificativos, em razão de haver outras lesões contratuais ao consumidor, violando a proteção contra a abusividade, publicidade enganosa, entre outros meios contrários à boa fé.

Diante das reflexões de Claudia Lima Marques:

O consumidor é raramente informado sobre estas limitações, criando-se a expectativa de que todas as doenças estão cobertas, com fundamento no CDC, através de seus arts. 31, 46 e 47, há uma interpretação da relação contratual pró-consumidor; as cláusulas limitativas em várias cláusulas, dificultando a interpretação e o conhecimento de seu verdadeiro sentido, além de descumprir dever de clareza expresso no CDC (arts 46 e 54, §4º); o contrato é redigido de forma ampla e técnica; a saúde envolve um bem personalíssimo, indivisível e indisponível (2006, p.834).

Segundo o entendimento de Barbugiani (2015, p.48):

Em regra, a nulidade da cláusula reputada abusiva não macula a integralidade do contrato, salvo na hipótese de sua inexistência impossibilitar a integração das demais cláusulas e criar uma onerosidade excessiva a uma das partes na relação de consumo. Os consumidores ou as entidades e os órgãos de sua defesa poderão solicitar ao Ministério Público o ajuizamento de uma ação com objetivo de declarar a nulidade das cláusulas abusivas ou de outra que desconsiderem o CDC ou de alguma maneira impeça o equilíbrio das partes contratantes.

O Código Civil de 2002, prevê nos seus artigos 423 e 424 regras que disciplinam o contrato de adesão. Vejamos:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

O contrato por adesão é regido pelo princípio da legitimidade da intervenção controladora, que se manifesta na interpretação das cláusulas abusivas, aplicando o disposto do artigo 423, CC, bem como mediante declaração de nulidade das cláusulas que tiverem renúncia antecipada, nos termos do art. 424, CC, o que gera insegurança e desequilíbrio contratual.

A regra do artigo 423, “visa resguardar a posição do aderente, em relação a cláusulas ambíguas ou contraditórias, adotando-se a interpretação que mais o beneficie, porque o ofertante está em situação mais vantajosa (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 176)”.

A fundamentação do outro artigo que revê sobre as avenças, “decorre de limitações ao princípio da função social do contrato, probidade e boa-fé. Visa impedir a renúncia antecipada de direito que prejudique a parte aderente” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p.177).

Os contratos de adesão supõem, nas lições de Maria Helena Diniz (2016, p 109):

Uniformidade, predeterminação e rigidez da oferta. A uniformidade é uma exigência imprescindível, pois se o ofertante pretende obter um mero indeterminado de aderentes para que haja aceitação passiva, será preciso que o conteúdo do contrato seja invariável; a predeterminação unilateral das cláusulas contratuais e a rigidez das condições gerais caracterizam os contratos de adesão; as cláusulas deverão ser rígidas porque deverão ser uniformes, portanto, o ofertante não poderá alterar o teor; a proposta permanente e geral aberta a quem se interessar pelos serviços de proponente, dirigindo-se a um grupo indeterminado de pessoas. Assim sendo, o contrato se forma com qualquer pessoa, a não ser naquele caso em que permitir ressalvas.

A autora ainda ressalva que a “aceitação pura e simples do oblato, simplificando, à maneira do monopólio de fato ou de direito; as cláusulas do contrato são predispostas e fixadas unilateralmente em bloco pelo solicitante (DINIZ, 2016, p. 109)”.

Nesse sentido, “as disposições contratuais presentes nos contratos de adesão que preconizam renúncia antecipada a direitos inerentes ao objeto do contato são de antemão reputadas como nulas (BARBUGIANI, 2015, p. 38)”.

3.2. Método *Therasuit* como tratamento capaz de restabelecimento da Síndrome de Joubert

No ano de 1969, com a evolução de anomalias foi descoberta a Síndrome de Joubert através de um comportamento cognitivo, ataxia⁵⁶, taquipnéia (respiração acelerada), episódica (perda de memória) e outras anormalidades em uma família canadense-francesa (Parisi MA) e consiste em “uma desordem neurodevelopmental recessivo autosomal, caracterizada por uma anomalia do cérebro chamada do “o sinal do dente molar” que é visível em estudos da imagem lactente de cérebro. Este sinal resulta da revelação anormal das regiões nos vermis cerebelares e no brainstem”.⁵⁷

⁵⁶ MANDAL, Ananya. é um formulário da desordem de movimento. Há uma perda de balanço e de coordenação física que conduzem à dificuldade no passeio normalmente. [http://www.news-medical.net/health/What-is-Ataxia-\(Portuguese\).aspx](http://www.news-medical.net/health/What-is-Ataxia-(Portuguese).aspx)

⁵⁷MESTROVIC, Tomislav. **Que é Síndrome de Joubert?** Disponível em: <[http://www.news-medical.net/health/What-is-Joubert-Syndrome-\(Portuguese\).aspx](http://www.news-medical.net/health/What-is-Joubert-Syndrome-(Portuguese).aspx)>. Acesso em: 23 de maio de 2016.

A Síndrome de Joubert tem uma hereditariedade autossômica recessiva e as suas características clínicas principais são hipotonia, ataxia, atraso mental, movimentos oculares anormais e alterações do ritmo respiratório com início nos primeiros meses de vida.

Esta síndrome provoca a paralisia cerebral e atrofia do cerebelo. A paralisia cerebral do tipo atáxicas pode haver predeterminantes genéticos que apresentam condições autossômicas recessivas que não são progressivas e não caracterizadas por hipoplasia cerebelar, deficiência da célula granular e síndrome de Joubert.

Nesse sentido, por provocar paralisia cerebral, a Síndrome de Joubert possui distúrbios causados por uma lesão cerebral que ocorre antes, durante ou dentro dos primeiros dias depois do nascimento e a depender da lesão, causa alguns distúrbios (GERSH, 2007, p.15).

De um lado, os vermis cerebelares são “responsáveis para o controle da postura e dos músculos, assim como os movimentos da cabeça e do olho”. O *brainstem* “supervisiona funções vitais tais como a respiração, as pulsações do coração e o controle de temperatura”.⁵⁸

Como essa anomalia afeta vários fatores a vida da criança em relação a sua incapacidade, cuidados médicos, educativos e terapêuticos, além de gerar um tipo de “atrofia muscular”, são necessários tratamentos intensivos e portanto, os fisioterapeutas americanos Izabela e Richard patentearam um Método de terapia intensiva, capaz de auxiliar no tratamento da síndrome.

Este método, é denominado Método *Therasuit* que teve origem em 1971, nos Estados Unidos, quando médicos da NASA criam uma veste, chamada de *Penguin Suit*, “composta por uma série de cordas elásticas, para resistir aos movimentos realizados pelos astronautas e imitar os efeitos da gravidade”⁵⁹.

Nesse sentido, os médicos e pesquisadores que trabalhavam no espaço, ao voltar para a terra notavam fraqueza muscular e até mesmo fratura óssea. Logo, aqueles que não faziam uso do *Penguin Suit*, possuíam instabilidade semelhante às crianças com portadoras de paralisia cerebral.

A partir disso, essas vestes foram aproveitadas e adaptadas para as crianças com paralisia que na época denominaram as vestes de *Adeli Suit*. Só algum tempo depois, em 1992, o método foi patenteado. Este método indicado para pessoas com baixo desenvolvimento motor, portadoras de síndromes, entre outras anomalias.

⁵⁸ Idem

⁵⁹ Idem.

O “*Therasuit*” é um método fisioterapêutico que se baseia em um intenso e específico programa de exercícios intensivos para o tratamento de pessoas atingidas com algum tipo de déficit cognitivo ou motor.

Cantarelli, em seu trabalho, conceitua o método, na seguinte forma:

Consiste num programa intensivo e individualizado que visa o ganho de força em crianças com paralisia cerebral, utilizando o *Therasuit*. Além disso, combate os efeitos do desuso e imobilização, em comparação com as outras terapias convencionais, percebe-se que elas são menos efetivas. Baseia-se nos princípios do treino de força, treina o corpo da criança deficiente exatamente da mesma forma que o de uma criança não acometida pela Paralisia Cerebral (CANTARELLI, 2007, p.8).

Ainda ressalta que:

Consiste em uma órtese suave, proprioceptiva e dinâmica a qual contém: uma touca, a veste (composta por um short e um colete), joelheiras e conexões com o tênis. Todos os componentes estão conectados uns aos outros por um sistema de cordas elásticas. É um artifício seguro e efetivo que usamos combinado com o nosso programa intensivo de exercícios para que possamos acelerar o progresso da criança (THERA SUIT METHOD, 2002).⁶⁰

Portanto, os objetivos deste tratamento é o restabelecimento muscular, aumento de motivos, força, resistência, controle, permitindo ainda que a criança que é portadora da paralisia ou da Síndrome de Joubert, objeto do trabalho, melhore as suas habilidades funcionais para que haja mais independência (THERA SUIT METHOD, 2002).

Na maioria dos casos, existe um comprometimento neuro motor que é necessário fazer fisioterapia habitualmente e o “*Therasuit*” promove maior controle postural e ganhos de musculatura.

Importa destacar que os equipamentos são compostos por roupa com elásticos estabilizadores e facilitadores, gaiola, sistema de polias que facilitam a organização da postura, estabilizam partes do corpo, alinhamento biomecânico, ganho de força muscular, através da gravidade e peso corporal, manutenção da amplitude de movimentos, entre outras vantagens no sistema neuro motor.

Nesse tom, os equipamentos podem auxiliar a manutenção e melhoria dos movimentos, redução do tônus muscular “os aparelhos são usados, muitas vezes como parte de um programa terapêutico para melhorar o caminhar apoiado nos dedos dos pés, joelho para trás

⁶⁰*TherasuitMethod*, 2002. Disponível em: <<http://www.suittherapy.com/Therasuit%20info.htm>>. Acesso em: 12 de janeiro de 2016.

Decerto, destaca Sposato, a proteção integral “é um princípio norteador que deve obter implementação concreta na vida das crianças e dos adolescentes sem qualquer distinção (SPOSATO, 2011, p.45)”.

Portanto, o artigo supracitado, é uma forma de tutela jurisdicional, quanto às políticas sociais públicas, bem como, entende-se que se trata de direitos fundamentais sociais da pessoa humana, com característica de direitos de uma pessoa em desenvolvimento.

Não se pode dizer que o direito à proteção da criança, põe em patamar mais alto aos dos adultos. Ledo engano, uma vez que a criança é um ser vulnerável, em desenvolvimento, que necessita de tratamento especial perante a sociedade, a fim de que haja um zelo necessário ao ser que capaz de ter uma vida digna.

O Estatuto da Criança e Adolescente conferiu os mesmos direitos fundamentais e garantiu os meios legais para a sua efetivação para cada situação, conforme previsto do artigo 7º ao 69.

Além disso, o ECA, em seu artigo 4º, traduz que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar com absoluta prioridade a efetivação dos direitos inerentes a vida, saúde, alimentação, entre outros.

No artigo 7º do ECA, lê-se: “A criança e ao adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Nesse sentido, como visto, o direito à saúde, é um direito fundamental, protegido e garantido desde o nascimento da pessoa.

Deve-se mencionar, também, o direito à dignidade, que se revela pela obrigação de colocar as crianças e os adolescentes a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (ECA, art.18)⁶⁴.

Em relação ao direito à saúde, o Estatuto assegura tratamento igualitário a todos os sujeitos, independentemente de condição social (art.11)⁶⁵. Aos portadores de necessidades

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

⁶⁴Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

⁶⁵Art. 11. É assegurado acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, observado o princípio da equidade no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

§ 1º A criança e ao adolescente com deficiência serão atendidos, sem discriminação ou segregação, em suas necessidades gerais de saúde e específicas de habilitação e reabilitação.

especiais, possuem tratamento especializado (§1º), cabendo ao Poder Público, fornecer os recursos necessários (§2º). Isso somente certifica que é um direito indispensável para a formação de uma vida digna.

Sobre o valor supremo da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, ressalta Ricardo Maurício Freire Soares:

Uma vez situado como princípio basilar da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte brasileiro conferiu à ideia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embaçadora de todo o sistema constitucional, que oriente a compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais, tais como direitos individuais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art.5º) (SOARES, 2010, p. 137).

Ainda destaca:

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se desdobra em inúmeros outros princípios e regras constitucionais, conformando um arcabouço de valores e finalidades a ser realizadas pelo Estado e pela sociedade civil, como forma de concretizar a multiplicidade de direito fundamentais, expressos ou implícitos, da Carta Magna brasileira e, por conseguinte, da normatividade infraconstitucional derivada (SOARES, 2010, p. 137).

Nesse sentido, é notório que a dignidade possui um valor associado aos direitos humanos, como preconiza Comparato *apud* Soares:

A dignidade da pessoa humana reúne em si a totalidade dos valores, sendo ela o supremo critério axiológico a orientar a vida humana. Decerto, os valores éticos não são visualizados pelo homem de uma vez por todas e completamente, mas descobertos pouco a pouco, no curso da História. A pessoa é u modelo ao mesmo tempo transcendente e imanente à vida humana, um modelo que se perfaz indefinidamente e se concretiza, sem cessar, no desenvolvimento das sucessivas etapas históricas (SOARES, 2010, p.143).

A dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si, e nunca como meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta no fato de que, por sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como uma expressão filosófica que, todo homem tem dignidade e não um preço.⁶⁶

§ 2º, Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente, àqueles que necessitarem, medicamentos, órteses, próteses e outras tecnologias assistidas relativas ao tratamento, habilitação ou reabilitação para crianças e adolescentes, de acordo com as linhas de cuidado voltadas às suas necessidades específicas.

⁶⁶(COMPARATTO, 2010, P.20)

Seguindo essa linha conceitual, Sarlet também destaca que temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e considerações por parte do Estado e comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa, corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com demais seres humanos (SARLET, 2015).

Portanto, cabe ao Estado e a comunidade, respeitar os direitos e garantias fundamentais que garantem a pessoa contra qualquer ato violador, estendendo a pessoa em desenvolvimento, que possui integridade física e moral e que busca a concretização dos valores essenciais à vida.

Da análise crítica dessa situação, surge um pensamento de que a criança, vítima da negativa do tratamento, é um ser vulnerável, e é vitimizada pela violação do direito à vida, à saúde e à dignidade.

A vulnerabilidade consiste em condição de risco em que uma pessoa se encontra ou impossibilitada de responder com seus próprios recursos, isto é, a criança em todo momento se encontra em situação de risco, ainda mais, aquela que tem limitações, como no caso de síndromes raras, as quais necessita, de tratamentos médicos para coibir uma piora na anomalia.

Para o Conselho de Organizações Internacionais de Ciências Médicas, as pessoas vulneráveis são pessoas relativa ou absolutamente incapazes de proteger seus próprios interesses. De modo mais formal, podem ter poder, inteligência, educação, recursos e forças insuficientes ou outros atributos necessários à proteção de seus interesses.⁶⁷

De acordo com o filósofo Giorgio Agamben, essa condição de vulnerabilidade ou fragilidade é considerado um “*homo sacer*” que podemos conceituar a sacralidade do “*homo sacer*”, fazendo uma fundamentação com a presença de *zoé*⁶⁸, separado a qualquer valor diante da sociedade (AGAMBER, 1995).

Seguindo essa ideia Arán e Peixoto, fundamentou a distinção proposta por Agamben entre *zoé* e *bios*:

A primeira entendida enquanto simples fato de estar vivo, ou a qualidade de ser vivente que pode ser estendida a outras espécies de animais. A segunda se refere ao viver na polis, ou seja, uma vida coletiva, política. O autor identifica que quando se

⁶⁷(MACKLIN, 2003, p. 59)

⁶⁸*Zoé* se manifestava para os gregos o simples fato de viver, comum a todos os viventes, como: os animais, homens ou deuses (AGAMBER, 2009, p.13).

falava em vida (bios) na Grécia antiga, não se pensava na vida natural (zoé) (que ficava restrita a casa (ôikos) como mera dimensão reprodutiva) (ARÁN & PEIXOTO JUNIOR, 2007).

Os deficientes físicos e mentais estão associados a ideia de *homo sacer*, que caracteriza como fator biopolítico, Agamben considera que há “sujeição da vida a um poder de morte, a sua irreparável exposição na relação de abandono (AGAMBEN, 1995, p. 91)”.

Vale ressaltar que o filósofo idealiza sobre os campos de concentração numa visão da biopolítica. Em que, de um lado existe o campo, onde a norma foi suspensa e a exceção quando o ser humano é privado de um direito, no caso em questão, direito à saúde.

Essa ideia de equivalência com o campo, entende Ruiz que:

O campo é o espaço em que ordenamento está suspenso e em seu lugar se coloca a vontade soberana. No campo a vontade soberana coincide com a lei, já que lei é o arbítrio soberano. Nesse caso, a vida humana que cai sob a condição da exceção se torna um verdadeiro *homo sacer*. É uma vida nua sobre a qual vigora a vontade soberana como lei absoluta e a exceção como norma de sua existência (RUIZ, 2013, p. 18).

Pode-se dizer que a vida humana está relacionada à exceção, em que é ameaçada para ser decretada uma vida nua⁶⁹.

Nesse sentido, Castor Ruiz entende que:

A vida nua, expulsa da ordem pela exceção da vontade soberana está condenada ao banimento. Ela é uma vida banida e, como consequência, uma vida bandida. A consequência da exceção sobre a vida é o banimento. A vida banida da ordem se torna uma vida bandida. O bando, que também é uma figura jurídica do banimento, se transforma socialmente numa vida banida. Os banidos são bandidos porque foram expulsos da ordem e sobre eles se decretou uma exclusão inclusiva que os tornou vida nua(RUIZ, 2013, p.45).

Para Agamben, “a redução do homem à vida nua é hoje a tal ponto um fato consumado que ela está agora na base da identidade que o Estado reconhece perante seus cidadãos”. Ainda

⁶⁹A vontade soberana, que tem o poder de decretar a exceção, continua sendo constitutiva da ordem moderna, inclusive do Estado de direito. Tal prerrogativa coloca a vida humana, todas as vidas humanas, sobre a potencial ameaça da exceção. Isso quer dizer que, se por qualquer circunstância, uma pessoa ou um grupo populacional representasse uma ameaça, real ou suposta, para a ordem, eles poderão sofrer a suspensão parcial ou total dos direitos para melhor controle de suas vidas. A política da exceção jurídica foi e continua sendo amplamente utilizada pelo direito para controlar os grupos sociais perigosos para a ordem. A questão é quem tem o poder de decidir quem é perigoso e porque é perigoso. Quem tem poder de decidir a periculosidade de uma vida para a ordem é a vontade soberana. Já que qualquer um pode ser perigoso para a decisão soberana, por qualquer motivo por ela determinado, todos os seres humanos têm sobre si a possibilidade de que lhes seja decretada a exceção, e como tal reduzidos à condição de *homo sacer* (RUIZ, 2013).

identifica que “a luta pelo reconhecimento é, portanto, luta por uma máscara, mas esta coincide com a personalidade que a sociedade reconhece em cada indivíduo (AGAMBEN, 2014, p.84)”.

O conceito “vida” pode ser utilizado tanto na filosofia como na bioética, em que:

A sistematização conceitual feita por Aristóteles, os gregos atribuíam a *bios* o significado de forma de vida propriamente humana e a *zoé* o significado de qualquer forma de vida, humana ou não (o que ainda pode ser visto no termo zoologia). Faziam distinção por considerar que o homem é o ser que possui, além do corpo, linguagem, competência moral e política para viver como indivíduo e membro de um grupo (SCHRMAN, 2009, p. 382).

O direito à vida é considerado um direito humano fundamental, ético e histórico e que esse conceito traz a ideia de “complexidade também pela esperança religiosa e pela especialização da Medicina e exige tratamento particularizado dentro dos preceitos da Bioética e do Biodireito”⁷⁰.

No campo da saúde conexo a vulnerabilidade dos pacientes implica numa situação no poder de decisão, uma vez que há restrição à liberdade e decisão do que fazer com a vida, implica em uma atitude terapêutica de mais autoridade na relação com o paciente, o paternalismo, que restringe sua liberdade e responsabilidade para decidir sobre a própria vida.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco⁷¹ em seu o artigo 8º dispõe que:

Na aplicação e no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas, deve ser tomada em consideração a vulnerabilidade humana. Os indivíduos e grupos particularmente vulneráveis devem ser protegidos, e deve ser respeitada a integridade pessoal dos indivíduos em causa

Pautando para a realidade brasileira, tudo isso representa a ausência de contratação de direitos, logo, a vida nua pode ser representada na sociedade brasileira como a representação da própria ausência de concretização de direitos, pois “destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações

⁷⁰ Jean Vilbert Pereira. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf> Acesso em 25 de dezembro de 2016.

⁷¹ Pf. em Outubro de 2005, a Conferência Geral da UNESCO adotou por aclamação a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Pela primeira vez na história da bioética, os Estados-membros comprometeram-se, e à comunidade internacional, a respeitar e aplicar os princípios fundamentais da bioética condensados num texto único. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 02 de novembro de 2016

sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente conforme o texto legal (NEVES, 2007, p.39)”.

A vida, no cenário jurídico⁷², é considerado direito básico. O artigo 5º da Constituição federal de 1988 dispõe sobre a igualdade comum a todos e a inviolabilidade do direito à vida⁷³, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Em razão disso, o ser humano se torna um sujeito de vida plena, da vida vivida, gerada por um Poder Soberano.

Manhim (2004, p.62) constata que a liberdade e autonomia do indivíduo:

São ideias cujo valor passou a se afirmar sobre o da existência, em seu aspecto puramente biológico. Na verdade, pode-se dizer, não só que se tem dado uma especial ênfase a outros aspectos da vida, como ao instrumental (o quanto ela pode ser socialmente útil), seu valor subjetivo (o quanto ela vale para seu titular, se ele quer estar vivo), mas também que outros valores, assim como o da dignidade, têm contribuído, não apenas para a relativização do conceito de vida, como Direito absoluto, como para o estabelecimento de conexões entre morte e capacidade para vida relacional.

Portanto, o constitucionalismo nos passa uma ideia de que há uma representação ilusória, em relação a realidade que vivemos no sistema político e percebe-se que a “deturpação” das normas programáticas no plano do processo concretizador não resulta apenas da omissão mas também das ação dos órgãos estatais, pois não há um sistema público de saúde condizente e com isso, as pessoas vão em busca saúde suplementar para arriscar se a operadora de saúde vai ou não cobrir o tratamento, exame, entre outros procedimentos.

⁷²A vida, no plano jurídico, é considerada como Direito básico cuja tutela é a própria razão de ser do direito, já que constitui condição essencial para a existência dos demais. A Constituição Federal de 1988, ao garantir o direito à vida, assegura sua intangibilidade. Costuma-se afirmar que este é um direito absoluto que compreende o direito do titular à própria vida (e não sobre a própria vida), o dever do Estado de protegê-la – dever geral de abstenção dirigido a todos, *erga omnes*, inclusive contra o próprio Estado – de atos contrários ao Direito que possam causar-lhe dano. (p.60) MINHAHM, Maria Auxiliadora. Direito Penal e Biotecnologia. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009064.pdf>> Acesso em: 25 de dezembro de 2016

⁷³ O ‘direito’ à vida, ao corpo, à saúde, à felicidade, à satisfação das necessidades, o ‘direito’ de resgatar, além de todas as opressões ou ‘alienações’, aquilo que se é e tudo o que se pode ser, este ‘direito’ tão incompreensível para o sistema jurídico clássico, foi a réplica política a todos estes novos procedimentos do poder (FOUCAULT, 2005, p.136).

4. A BUSCA DO PODER JUDICIÁRIO

4.1. A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira

Notadamente, as Constituições se fizeram desenvolvidas, volumosas, inchadas, em consequência principalmente de duas causas: a preocupação de dotar certos institutos de proteção eficaz, o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias e, enfim, a conveniência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social.⁷⁴

A Constituição de 1988, ao prescrever uma análise dos direitos fundamentais ordenado na sua analiticidade implica numa abordagem exaustiva de normas de caráter fundamental, pluralístico e pragmático.

Mas o caráter analítico constitucional revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, “onde demonstra a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas numa eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos (SALERT, 2009, p. 75)”.

Quanto ao pluralismo verifica-se que no texto Maior houve opção por contradições, tendo em vista de não haver união quanto a uma teoria única dos direitos fundamentais, lastreando-se na enumeração de rol extenso sobre direitos sociais conjugados com direitos clássicos, direitos de liberdade e direitos políticos.

O pluralismo na realidade pode ser olhado de duas maneiras como aponta Miguel Reale da seguinte forma:

Do ponto de vista social e político, leva-se em conta o conteúdo e os processos de expressão daquilo que nas sociedades se consideram indispensável à ordem, à justiça e à paz; ou sob o ponto de vista jurídico, atende-se mais as formas de garantia e de exercício, ao valor em si do que é posto como preceito imperativo de conduta. Segue afirmando que há quem adote a primeira postura ao focalizarem o momento da afirmação dos direitos ou o momento da liberdade, as representações jurídicas que se afirmam nos espíritos, até se concretizarem como regras de Direito Positivo estatal e não estatal; aos que adotam o fenômeno jurídico, que é visto sob múltiplas formas,

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 30ª edição, atualizada. Malheiros editores. São Paulo, 2015, p 92).

em múltiplos sentidos e em uma pluralidade de funções, de sorte que a cada sistema de funções se pensa fazer corresponder um sistema particular de normas (REALE, 2005, p. 304).

No que tange ao caráter programático em função a aplicabilidade da norma resulta de uma gama de normas jurídicas estruturais que dependem da introdução de leis para produção dos efeitos constitucionais, “são normas das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (BARROSO, 2013, p. 236)”.

Vale ressaltar que a veiculação da eficácia dessas normas depende do conteúdo abstrato delas infraconstitucionalmente para se dá eficácia jurídico-social.

É necessário analisar a aplicabilidade dos direitos fundamentais, conforme sejam reconhecidos mediante documentos escritos, ou seja, instrumentos hábeis para valer tais direitos, o liame de se estabelecer a validade da norma jurídica e do sistema do direito posto, de modo que ao afirmarmos que a norma é válida, também dizemos que ela pertence ao sistema sendo produzida por órgão credenciado para se ter eficácia jurídica (RIBEIRO, 2012).

Nader adota distinção entre vigência, validade, eficácia e legitimidade da Norma da seguinte forma:

Vigência a norma que disciplina o convívio social e ingressa no mundo jurídico regulamente promulgada e publicada socialmente preenchidas requisitos técnico-formais. A validade significa mostrar se a norma está de acordo com os requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico. A eficácia da norma jurídica não são geradas por acaso mas visa alcançar certos resultados sociais, como o processo de adaptação social, como é o Direito que se apresenta como formula capaz de resolver problemas de convivência e de organização da sociedade. A legitimidade envolve atributos se localiza na filosofia do Direito, via de regra o ponto de referência é o exame da fonte de onde emana a norma (NADER, 2008, p. 14/15).

Dessa perspectiva podemos apresentar duas espécies de eficácia, distinguindo-as entre social ou jurídica. A eficácia social da norma significa a sua efetiva obediência e aplicação no plano concreto de resultados dos fatos sociais, correspondendo ao que tecnicamente se chama efetividade. Já a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade, ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica.

Enfatiza Kelsen, que a eficácia da norma “é o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma que se verifica na ordem dos fatos (KELSEN, 2009, p. 91/92)”.

No tocante a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais assim enumeradas como: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, conforme a Constituição Federal de 1988 estão contidas, por exemplo, nos artigos 1º e 2º ; b) as normas constitucionais de eficácia contida apesar de terem aplicabilidade direta e imediata, mas não integral carecem de regulamentação como por exemplo o parágrafo 5º do artigo 40; c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, são normas definidoras de princípio programático, pois carecem de regulamentação para operarem a plenitude de seus efeitos.⁷⁵

Nos ensinamentos de Barroso as normas de eficácia plena, são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata e independem de providência normativa ulterior para sua aplicação; normas de eficácia contida são as que receberam, igualmente, normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, mas preveem meios normativos que lhes podem reduzir a eficácia e aplicabilidade; normas de eficácia limitada são as que não receberam do constituinte normatividade para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário à tarefa de complementar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema.⁷⁶

Quanto à eficácia jurídica podemos perceber a íntima relação com a aplicabilidade, tendo em vista que “a eficácia é havida como potencialidade, já a aplicabilidade como realizabilidade e praticidade, incidência *in concreto* do preceito normativo (BARROSO, 2013, p. 237)”.

Salientamos que a aplicabilidade constitucional para realizar-se é preciso que as normas de uma Constituição, além de vigentes e válidas, sejam juridicamente eficazes, por isso, a aplicabilidade da norma é decorrência direta de sua eficácia (BULOS, 2009).

A eficácia é percebida como norma abstratamente falando; a aplicabilidade, no entanto, é examinada diante do caso concreto. Deste modo, uma norma eficaz poderá não ter aplicabilidade em determinado caso concreto, haja vista a existência, por exemplo, de um princípio oposto que, na ponderação, veio a prevalecer (MEIRELLES, 2008).

Podemos nos referir a uma distinção entre eficácia jurídica com relação à eficácia social, denominada efetividade é que devemos levar em conta o ‘dever ser’, catalogado com a eficácia jurídica, ao passo que a eficácia social está relacionada com o ‘ser’ da norma. Assim, enquanto a eficácia jurídica está pertinente à potencialidade da norma de produzir efeitos, a

⁷⁵ Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4 ed. – São Paulo. Saraiva 2013.

⁷⁶ Idem, p. 236/237

eficácia social, está ligada a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos.

Miguel Reale ao distinguir a eficácia jurídica, da eficácia social, se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte da sociedade, ao reconhecimento do Direito pela comunidade, ou, mais especificamente, “aos efeitos que uma regra opera no seu cumprimento (REALE, 2005, p. 135)”.

A concretização do comando normativo, por sua força realizadora no mundo dos fatos, deixou-se de lado a cogitação de saber se estes efetivamente se produzem. A efetividade propugna não a eficácia jurídica como possibilidade da aplicação da norma, mas a eficácia social e os mecanismos para a sua real aplicação (WELSCH, 2007).

Dessa forma entendemos que a efetividade, da realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social, é traduzida pela materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e da aproximação, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Nesse contexto, da efetividade das normas, depende da eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhes são inerentes. “Não se trata apenas da vigência da regra, mas também, e, sobretudo, da capacidade de o relato de uma norma dar-lhe condições de atuação, isoladamente ou em conjunto com outras normas, mas se o efeito jurídico for irrealizável, não há efetividade possível (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 26)”.

A partir desses levantamentos, cabe-nos ressaltar, que uma norma pode ser vigente, válida e eficaz juridicamente, mas não ter eficácia social ou efetividade. O não cumprimento da norma no plano fático retira-lhe sua eficácia social ou efetividade, em que pese possuir eficácia jurídica.

Vale destacar que na doutrina não vigora um consenso referente à vigência, validade e existência da norma, devido não haver dúvida da distinção entre vigência e a eficácia o que se deve analisar cuidadosamente é o princípio da efetividade tendo em vista os planos do mundo jurídico, devido à presença de elementos constitutivos existenciais, preenchimento de atributos legalmente exigidos e a aptidão para produzir efeitos jurídicos eficazes.

No mundo físico por sua vez a concretização efetiva do comando normativo, ou seja, se os efeitos jurídicos ocorrem ou não.

Quanto às normas constitucionais eficazes, podem ser de eficácia plena: incide imediatamente, não precisam de norma infraconstitucional; eficácia contida: índice

imediatamente, mas a norma infraconstitucional pode limitá-la e eficácia limitada: dependem de norma infraconstitucional para incidirem (SILVA, 2009).

Quanto à eficácia Constitucional, Welsch, (2007), o problema da validade e da eficácia, que gera dificuldades insuperáveis desde que se considere uma norma do sistema, diminui se nos referirmos ao ordenamento jurídico, no qual a eficácia é o próprio fundamento da validade.

Para se analisar a eficácia social dos direitos fundamentais entra em questão aspectos não jurídicos que influenciam na real aplicação da norma em uma determinada sociedade. Do ponto de vista, por exemplo, da insuficiência de recursos públicos para aplicação em áreas sociais prioritárias, seja em decorrência de uma baixa arrecadação tributária, situação mais comum em pequenos Municípios, ou pela ocorrência de desvio de verbas públicas fomentada pela corrupção que se alastra por país.

No entanto a eficácia jurídica é definida como a possibilidade de a norma vigente ser aplicada aos casos concretos e que na medida de sua aplicabilidade, se gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social ou efetividade pode ser considerada como englobamento tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma juridicamente eficaz, quanto o resultado concreto decorrente ou não desta aplicação. Já que ocorre com a eficácia e a aplicabilidade, que constituem aspectos diversos do mesmo fenômeno, situados em planos distintos, mas que se encontram intimamente ligados entre si, na medida em que ambos servem e são indispensáveis à realização integral do direito (SARLET, 2007).

No decorrer da aplicabilidade, a eficácia social ou efetividade, é decorrência da eficácia jurídica, afinal, uma norma constitucional não se realiza efetiva se não existir a mínima chance de ser aplicada juridicamente.

O que se busca com a eficácia social ou efetividade é o sucesso da Constituição, no sentido de cumprimento de suas normas, uma norma constitucionalmente efetiva é aquela obedecida, seguida e aplicada, correspondendo aos fatores reais de poder que regem toda sociedade (BULOS, 2009).

Com base nesses entendimentos podemos estabelecer que todas as normas jurídicas tem eficácia jurídica; que a eficácia jurídica é sempre variável, também são em algumas medida diretamente aplicáveis. Então a eficácia jurídica deve ser definida como a possibilidade de norma vigente ser aplicada aos casos concretos e de gerar efeitos jurídicos na proporção de sua aplicabilidade, enquanto a eficácia social pode ser concedida como a soma da decisão pela efetiva aplicação da norma e do resultado concreto dela decorrente (SALERT, 2007).

Mudando o foco da eficácia jurídica para a efetividade ou eficácia social, Loewenstein, faz a seguinte classificação ontológica, prevendo dois extremos entre: Constituição normativa, vivamente integrada na sociedade e semântica que serve apenas ao detentor do poder, que são intermediados pela Constituição nominal, devido que o processo político não se ajusta por completo à Constituição, embora esta seja prospectiva e a discrepância quanto aos seus pressupostos econômicos e sociais tende a ser vencida com o tempo.⁷⁷

É importante registrar que, independentemente da categoria adotada, percebe-se que a doutrina é unânime em afirmar que todas as normas constitucionais possuem sempre um mínimo de eficácia, e que os dispositivos do texto constitucional são normas, vinculativas possuidoras de normatividade, e, dessa maneira, vinculam toda a sociedade.

[...] não se discute que cada norma constitucional possui um mínimo de eficácia e aplicabilidade, dependente, por sua vez, de sua suficiente normatividade. [...] Não é outro o entendimento que se recolhe do direito comparado, razão pela qual cumpre aproveitar a oportunidade para referir a abalizada e paradigmática lição do renomado publicista espanhol García de Enterría, que, partindo de uma concepção substancial da Constituição e reconhecendo o caráter vinculante reforçado e geral das suas normas, sustenta que na Lei Fundamental não existem declarações (sejam elas oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) destituídas de conteúdo normativo, sendo que apenas o conteúdo concreto de cada norma poderá precisar, em cada caso, qual o alcance específico de sua carga eficaz (SARLET, 2009, p. 255).

Em uma grande maioria os direitos fundamentais são protagonistas de normas constitucionais de eficácia limitada, de princípio programático, que se encontra em parte sob latência de regulamentação infraconstitucional para poderem ser aplicados e, por conseguinte a inércia do legislador infraconstitucional em regulamentá-los faz florescer na população sentimento de não efetividade, de não cumprimento e desrespeito ao texto constitucional, o que acaba levando a uma descrença com a Constituição.

Daí então se busca o alcance da aplicabilidade do artigo 5º, parágrafo primeiro da Constituição Federal de 1988, como vimos anteriormente que é capaz de conferir efetividade aos direitos fundamentais por sua aplicabilidade imediata, o que não acontece com as normas de eficácia mediata, como avalia Sarlet (2009, p. 77):

O artigo 5º, parágrafo primeiro, da Constituição de 1988, indica que normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos, conquanto não existe consenso a respeito do alcance deste dispositivo. De qualquer modo, ficou consagrado

⁷⁷ BARROS, Luis Roberto, Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de dogmática constitucional transformadora. 3ª ed, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva p. 239/241

o *status* jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente.

Por sua vez o Constituinte de 1988, consagrou expressamente uma gama de direitos fundamentais sociais, considerou todos os direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata, e que boa parte dos direitos fundamentais sociais, se enquadra, por sua normatividade, no grupo dos direitos de defesa, razão pela qual não existem maiores problemas em considerá-los normas autoaplicáveis.

Por outro lado os direitos fundamentais sociais, que, em virtude de sua função prestacional, se enquadram na categoria das normas dependentes de concretização legislativa, podem ser também denominados de normas dotadas de baixa densidade normativa. Ainda que para estes direitos fundamentais também se aplique o princípio da aplicabilidade imediata, não há, por certo, como sustentar que tal se dê de forma idêntica aos direitos de defesa.⁷⁸

Podemos extrair do parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a vinculação da eficácia jurídica e social a todos os receptores normativos, ou seja, os particulares e os entes políticos, que estão obrigados a trilharem no caminho dos direitos fundamentais, sem a necessidade da intervenção legislativa, e que a imediatidade e a irrestrita eficácia prescrita em sede constitucional firma, que os direitos fundamentais são normas gerais e concretas.

O acesso à justiça integra as chamadas cláusulas pétreas, consagrado no Artigo 5º como explicitado no Artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, como destaca Cambi:

O direito fundamental de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/1988, significa o direito à ordem jurídica justa.

Assim, a designação acesso à justiça não se limita apenas à mera admissão ao processo ou à possibilidade de ingresso em juízo, mas, ao contrário, essa expressão deve ser interpretada extensivamente, compreendendo a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa, que abrange: a) o ingresso em juízo; b) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; c) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); d) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); e) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos). Por isso, para a noção de acesso à ordem jurídica justa converge o conjunto das garantias e dos princípios constitucionais fundamentais ao direito processual, o qual se insere no denominado direito fundamental ao processo justo (CAMBI, 2007, p. 24/25).

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 .ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 285/286.

Assim sendo, podemos dizer que a Busca do Judiciário também pode ser considerado como direito fundamental, transparecendo o direito ao acesso à justiça, que abrange garantias processuais, como o direito de ação, da ampla defesa, da igualdade e do contraditório; do juiz natural, da publicidade dos atos processuais, da independência e imparcialidade do juiz, da motivação das decisões judiciais, da possibilidade de controle recursal das decisões etc. Também, pode-se afirmar que o direito ao processo justo é sinônimo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada.⁷⁹

Sob essa perspectiva, o direito fundamental de acesso à justiça só pode ser compreendido, a partir de uma definição valorativa de justiça, devendo esta ser considerada pelos critérios a seguir:

Justiça tem a ver com a realização de direitos. A partir do momento em que houve renúncias recíprocas a liberdade, e a transposição de um estado de natureza para um estado civil, conclui-se que deve haver proteção aos direitos humanos, correspondentes mesmos àqueles primeiros princípios de moralidade, mas que agora se torna direito positivado, embora mantenham diretrizes axiológicas a resguardar, e necessitam, pois, de uma efetivação crítica e emancipatória (MARQUES, 2007, p. 39).

A ideia de ampliação de acesso à justiça também decorre da concretização do princípio da igualdade, o qual permeia toda a Constituição.

O importante é frisar que o alcance do artigo 5º, parágrafo primeiro, alcança todos os direitos fundamentais que o Brasil reconhece, independentemente de sua localização na Constituição Federal de 1988, haja vista no que diz respeito e o que preceitua o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988, ao valorizar a efetividade dos preceitos constitucionais, principalmente, dos direitos fundamentais.

Salientamos que em princípio todas as normas têm uma pretensão de efetividade e aplicação imediata, levando em conta a melhor exegese da norma contida no artigo 5º, parágrafo único da Constituição, que parte da premissa de que se trata de norma de cunho principiológico, portanto uma espécie de otimização, que estabelece aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

Vale ressaltar que o princípio da efetividade, sintetiza a ideia de que os direitos fundamentais devem ser interpretados em um sentido que lhes confira a maior efetividade

⁷⁹Cambi (2007, p. 25)

possível, ou melhor, há de se cogitar de interpretação que minimize a restrição ao direito fundamental (SARLET, 2009).

Leciona Sarlet que se, todas as normas constitucionais são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do outorgado artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram a maior eficácia possível, outorgando-lhes efeitos relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito constitucional.⁸⁰

Assim sendo entende-se que a aplicabilidade imediata, ou seja, a eficácia jurídica é qualidade inerente a toda e qualquer norma constitucional, mesmo de eficácia limitada.

Pela ordem doutrinária, a eficácia vertical dos direitos fundamentais continua a existir, com relação entre o Estado de um lado e o Particular do outro lado, assim surge necessidade de proteção de um particular, em face do outro. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que o dever do Estado não se limita a uma conduta omissiva, mas se inclui no rol de condutas esperadas de ações em defesa de lesões ou ameaças que os particulares poderiam vir a sofrer em virtude da ação de terceiros (FERNANDES, 2012).

O importante é estabelecer uma distinção entre eficácia vertical e a horizontal dos direitos fundamentais, no âmbito do Direito Privado, como nos ensina Sarlet (2007, p. 46/47):

A eficácia vertical determina a vinculação das entidades estatais aos direitos fundamentais. Enquanto que a eficácia horizontal consiste na vinculação dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, mais propriamente da vinculação desses aos direitos fundamentais

A problemática da vinculação à efetividade desses direitos não pode ser esquecido sob pena, não de não resolvê-lo, mas de sequer compreendê-lo em sua real dimensão, há muito a se fazer com o intuito de contornar tal situação e encontrar perspectivas que permitam ao menos amenizar tais empecilhos, por outro lado possível conferir maior proteção aos direitos fundamentais com o desenvolvimento global da civilização humana.

Nesse sentido os direitos fundamentais somente terão eficácia se for concretizada sua delimitação, extensão e fundamentação e assim, serem incluídos no conjunto de valores sociais,

⁸⁰Sarlet, obra citada p. 283.

desta sociedade globalizada, multicultural, dinâmica e que está em constante transformação. Portanto, as principais formas de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais será a conscientização, a informação, a educação, e a participação pública, como também os problemas relacionados à efetividade desses direitos não podem cair no esquecimento.

Inicialmente, cumpre destacar que não se pretende rejeitar as conquistas obtidas até o presente momento, no entanto, a problemática é bastante desafiadora, já que as soluções de eliminação dos obstáculos de acesso à justiça no Brasil não passam somente pelas alterações legislativas ou pela modernização da estrutura do Poder Judiciário.

Cumpre reforçar a necessidade, sobretudo de uma mudança de mentalidade, já que a preocupação com o acesso generalizado à justiça não ocupou uma posição de prioridade nas ações dos governantes brasileiros até bem pouco tempo atrás.

Na maior parte do século XX, nos países latino-americanos, o judiciário não figurou como tema importante da agenda política, cabendo ao juiz a figura inanimada de aplicador da letra da lei emprestada do modelo europeu. A construção do Estado latino-americano ocupou-se mais com o crescimento do executivo e da sua burocracia, procurando converter o judiciário numa parte do aparato burocrático do Estado – um órgão para o poder político controlar de fato, uma instituição sem poderes para deter a expansão do Estado e seus mecanismos reguladores.⁸¹

Em relação ao acesso à justiça, que veremos a seguir como um princípio, é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional, ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. “Chega-se à ideia do acesso à justiça, que é o polo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios (DINAMARCO, 2003, p. 373)”.

4.1.1. O direito fundamental ao acesso à justiça

“O direito de acesso à justiça nasceu na Antiguidade, na forma de assistência jurídica aos pobres e necessitados, em Atenas e Roma, foram nomeados advogados incumbidos de promover a defesa dos mais pobres (CESAR, 2002, p. 52)”.

⁸¹SANTOS, Márcia Renata Vasconcelos. **Análise do processo de adoção à luz do princípio da celeridade processual**. Caruaru-PE, 2011, p. 21. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj032966.pdf>>. Acesso em: 06 outubro 2014.

E de forma rudimentar, o acesso à justiça começa a ser praticado a partir da seguinte sentença, “O direito de qualquer pessoa a obter justiça não será por nós vendido, recusado ou postergado (COMPARATO, 2010, p. 92)”.

Sob a influência da doutrina cristã, diversos países instituíram sistemas de assistência legal aos pobres, pelo “patrocínio gratuito dos desafortunados” (CESAR, 2002, p. 52).

Foi logo após o término da Segunda Guerra Mundial no período pós-nazismo, que o processo de positivação ganhou força entre as nações, onde perceberam a necessidade de contenda e reflexão sobre o conteúdo de tais direitos, bem como, quais seriam as formas e garantias necessárias a sua proteção e não violação.

Por consequência dessa movimentação pós-guerra, nasce a Organização das Nações Unidas, em 1945, e a partir de então se inicia o processo de discussão e elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que seria publicada em 1948. Então a expressão ‘direitos humanos fundamentais’ reporta-se “aos direitos humanos reconhecidos na ordem constitucional e também positivados pelo direito constitucional de determinado Estado, sendo, portanto, expressão mais atual (ANNONI, 2008, p. 36)”.

Por certo, a relação entre direitos humanos e justiça é uma conquista do século XX, sobretudo na formulação de teorias de legitimação do Estado e de justificação de políticas públicas que atendam aos anseios do indivíduo e da sociedade, nos planos local, nacional e internacional. Assim, a teoria contemporânea dos direitos humanos tenta atingir a maior extensão possível de pessoas e direitos, apresentando como pressupostos basilares a tese da indivisibilidade dos direitos humanos e a visão holística de concepção nas ciências humanas dos direitos em todos os planos de integral acesso e influência do indivíduo e não uma visão isolada.⁸²

Portanto, da leitura do direito fundamental de acesso à justiça sob a ótica das características comuns a todos os direitos fundamentais, inclusive sob a perspectiva da indivisibilidade, da interdependência e da interrelação se extrai ao mesmo que deverá ter sua dimensão ampliada bem como ser encarado como o instrumento viável e necessário para a efetivação de outros direitos fundamentais (ARANTES, 2011).

Piovesan (2004, p. 49) ao comentar sobre a teoria da indivisibilidade dos direitos humanos afirma:

Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um

⁸²ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil**. Editora: SafE. Porto Alegre: 2008, p.39

deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. Mais do que qualquer outro princípio, o acesso à justiça sob esse novo enfoque é o pilar sustentador necessário à concretização dos demais direitos fundamentais necessários à existência digna do ser humano.

Nesse viés de conexidade, o direito fundamental de acesso à justiça assume papel de suma importância para a concretização dos demais direitos fundamentais, na medida em que se comunica com estes, adquirindo, portanto, um novo conteúdo, que integra a dignidade da pessoa humana (MAIA, 2015).

Dessa forma para se manter a paz na sociedade e garantir-lhe a inclusão social, tem-se buscado superar obstáculos, na medida em que se busca o acesso à justiça.

Antes de assegurar o acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, deve o Estado investir o cidadão diretamente no gozo de seus direitos ficando a proteção judiciária, através dos tribunais, como instrumento sancionatório, no segundo plano acionável, apenas quando ocorrer alguma lesão ou ameaça a um desses direitos (GRECO, 98, p. 70).

“O acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI e GARTH1988)”.

A explicação que se faz necessária neste caso é que quando um cidadão tem seu acesso à Justiça de modo pleno, significa que o mesmo não só adentrou nas edificações do Tribunal de Justiça e sim, teve o seu Acesso à Justiça satisfeitos sem deixar lacunas, isto é demonstrado, pelo artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966; os quais são os direitos dos cidadãos, oriunda da Declaração Universal dos direitos dos Homens aprovada pela Assembleia geral das Nações Unidas em 1948 (CAPPELLETTI e GARTH, 1988).

Toda pessoa tem direito em plena igualdade do aceso à justiça, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal, que contra ela seja deduzida.⁸³

Coaduna-se com esse pensamento Roberto Aguiar ao dizer que “a justiça se torna uma virtude, a virtude de dar a cada um o que é numa dada igualdade (AGUIAR, 1999, p. 38)”.

O referido autor segue firmando sobre a necessidade da reciprocidade entre o direito de quem pleiteia visando a aplicação de uma justiça equânime:

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

Para haver justiça, é preciso que haja alteridade de existir um outro, uma outra pessoa, já que a justiça é uma virtude que se situa na relação entre os seres humanos, isto é, no entanto que haja uma reciprocidade entre o direito de quem exige e a obrigação de quem é exigida certa conduta (AGUIAR, 1999, p. 38).

Portanto, através do processo temos o principal instrumento para a atuação da Justiça, a qual vem nitidamente amparada pela Constituição Federal de 1988, estabelecendo o direito ao devido processo legal ou direito ao acesso à justiça.

Torna-se necessária a adaptação do direito a essa realidade social, para sobrevivência do próprio Estado. E assim, uma nova postura interpretativa, calcada nos postulados desse novo direito constitucional, tudo isso, agregado aos anseios sociais faz viabilizar uma nova abordagem ao conceito do que se chama acesso à justiça: proporcionar um acesso à ordem jurídica justa, real e efetiva, em tempo razoável; a ser conferida pelo Estado, tendo em vista seu caráter prestacional e sua natureza de direito fundamental.

Acesso à Justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente, inclusive em processo criminal, sendo também condenáveis as restrições a determinadas causas de pequeno valor, interesses difusos etc.; mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais (CINTRA *et al.*, 2004, p.33).

O direito ao acesso à justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de “importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos sociais é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p.11).”

A Constituição de 1988, ao positivizar o direito de acesso à justiça, confere aos cidadãos o direito de petição aos órgãos públicos em defesa dos seus direitos, contra a ilegalidade e abuso de poder, impedindo a exclusão da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito, e, garantindo o acesso à ordem jurídica justa.

Destaca-se que a assistência jurídica integral, garantia também prevista em nível constitucional no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, é corolário do direito constitucional de acesso à justiça.

Sendo o acesso à justiça, erigido como direito fundamental, não se podem medir esforços para sua concretização, pois o poder constituinte originário reconheceu o direito

fundamental da pessoa humana em receber os influxos permanentes da proteção jurídica imanente ao Estado Democrático de Direito.

Assim, no sentido de ser direito humano e, portanto, inerente à natureza humana, a garantia do acesso à justiça, legitimamente positivado pela Constituição, resulta, sem dúvida, num direito fundamental.

Nessa direção, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que afirmam:

O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 13).

Ao se falar em direito fundamental de acesso à justiça, a Constituição Federal de 1988 merece destaque no sentido de oferecer uma série de princípios e garantias que visam proporcionar esse acesso à ordem jurídica justa, efetiva e célere, contribuindo para o alargamento do conceito.

Diante da tutela jurisdicional, se deu início à implantação de diversos instrumentos que assegurassem o acesso à justiça, dentre eles, a garantia constitucional, que é fruto de uma evolução histórica e de uma necessidade social, que em razão de sua importância, foi elencada dentre os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal. Bem como o artigo 8º da 1ª Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário, também garante:

Art. 8º. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.⁸⁴

Compreende Cintra que “o processo é o único meio de obter a efetivação das situações ditadas pelo direito e que para garantir o princípio da isonomia o cidadão aciona o sistema de Judiciário para garantir o acesso à justiça (CINTRA, *et al*, 2004, p. 35)”.

Não há dúvida quanto a perspectiva do acesso à justiça pelo homem comum por causa de situações verificadas em torno da sociedade, no entanto numa visão filosófica não encontra

⁸⁴ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969) (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA). Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Q7OdPORQfA4J:www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 20 de novembro de 2015.

o aspecto de processo formal ligado à Justiça, mas uma Justiça propriamente dita e não a obtida por meio do Poder Judiciário, “em sentido material a Justiça é uma parte de um todo Moral, uma virtude, um bem de difícil conceito (BEZERRA, 2001, p.147)”.

O acesso à Justiça numa perspectiva técnico-jurídica perfaz pela adoção da aplicação do direito ao processo, ou seja, a aplicação do direito material ao caso concreto posto pelo instrumento processual, colocado em destaque as leis e principalmente a Constituição Federal de 1988 (CINTRA, *et al*, 2004).

Entendemos que a técnica-jurídica não defende tão somente a pacificação dos litígios por meio do poder-estatal, “mas também pelo uso das organizações sociais destinadas a Conciliação de litígios por mecanismo extrajudicial como fins a solução de conflitos (BEZERRA, 2001, p. 134)”.

Já numa visão sociológica o acesso à justiça satisfaz a lição de Alcalá-Zamora *apud* Bezerra:

Que o processo judicial não é a via única de acesso à justiça, nem mesmo a preferível, é a de que o mecanismos utilizados devem servir de meio pacificador dos conflitos, de composição das lides e, se sua missão política é a de servir de instrumento de realização do direito objetivo, sua missão política é a de servir de garantia das liberdades, sua missão social é a de contribuir para a pacífica convivência dos que vivem em determinado Estado, e para equilibrar as forças que se batem pela obtenção da justiça (BEZERRA, 2001, p. 137).

A preocupação fundamental é cada vez mais, com a justiça social, com a proteção dos direitos das pessoas comuns, ou seja, pessoas leigas, que embora as implicações sejam dramáticas dessa mudança, mas por exemplo em relação a pessoa que julga, é bom enfatizar, desde logo, que os valores centrais do processo tradicional deve ser mantido, mas o acesso à justiça precisa englobar ambas as formas de processo (CAPELLETTI e GARTH, 1988).

O acesso à justiça é alcançado pela criação de leis voltadas para a sociedade, “leis sociologicamente fundadas, com eficácia real e plena, viabilizam aos aplicadores do direito, um maior leque de opções que permitam um efetivo acesso à justiça (BEZERRA, 2001, p. 137)”.

No entanto verifica-se que a ordem sociológica de Acesso à Justiça, confirma com a pacificação dos conflitos e com a composição das lides, buscando uma solução rápida e tranquila para ambas as partes, uma vez que o processo pode trazer para as partes um sentimento de perda, ocasionando uma insatisfação e que a acessibilidade da Justiça, ao mesmo tempo ganha relevância quanto aos direitos e garantias fundamentais, baseados no princípio da

proteção judiciária, o qual vem a garantir conjuntamente a plenitude do Acesso à Justiça (CAPELLETTI e GARTH, 1988).

No mundo constitucionalista visto que a preponderância dos dispositivos legais, regulados pela Constituição Federal de 1988, diversas são as medidas a combater a desigualdade entre classes sociais, estabelecendo o Acesso à Justiça como parâmetro de Direito Fundamental, conferindo aos cidadãos o direito de petição aos órgãos públicos em defesa de seus direitos pela apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito ao Poder Judiciário, garantindo assim, o efetivo Acesso à Justiça como meio social satisfatório (MAIA, 2015).

A participação do cidadão no poder, é uma das características da democracia, que necessita de sua efetiva atuação política ao desenvolvimento econômico e participativo em comunidade devido às exigências das garantias e dos princípios constitucionais alicerces da efetivação da cidadania (SOARES, 2004).

O Estado democrático de direito, a legislação política constitui-se em objeto da função central das instituições, envolvendo partidos políticos, eleitorados, assembleias parlamentares, regime vigente, prática do desenvolvimento jurídico e tomada de decisões dos tribunais e da Administração, à medida que esses se auto programam. A função de aplicação das leis é realizada pelo Judiciário, na perspectiva da dogmática jurídica e a esfera pública, e, implicitamente, pelo Executivo. A função de execução das leis é exercida pelo Executivo e, indiretamente, pelo Judiciário (SOARES, 2004, p.308).

A primeira garantia que o texto revela é que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pois a Constituição já não mais qualifica de individual, no que andou bem, porquanto a interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava direito, de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora hão de levar-se em conta os direitos coletivos também.⁸⁵

A essa justiciabilidade Afonso da Silva nos ensina que ao invocar a atividade jurisdicional, não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age contra quem se propõe a

⁸⁵ SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 32ª edição revista, atualizada. Malheiros Editores. São Paulo. 2009, p. 431

ação. Garante-se a plenitude de defesa, assegurado no inciso LV⁸⁶ do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.⁸⁷

O poder de agir e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, como atributo da personalidade e pertencem por isso à categoria dos denominados direitos cívicos (SILVA, 2009).

Ainda afirma Silva que no mundo democrático a ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal correspondendo ao princípio do devido processo legal ancorado no artigo 5º, inciso LIV e combinado com os incisos XXXV e o LV fecha-se o ciclo das garantias processuais (SILVA, 2009).

Como enfatiza Kildare Gonçalves Carvalho, diz que a garantia constitucional do acesso à justiça “é a inafastabilidade ao acesso ao Judiciário, traduzida no monopólio da jurisdição, ou seja, havendo ameaça ou lesão de direito, não pode a lei impedir o acesso ao Poder Judiciário (CARVALHO, 2005, p. 460)”.

Não destoando, do acima apresentado segundo Fux, o direito de agir, isto é, o de provocar a prestação da tutela jurisdicional “é conferido a toda pessoa física ou jurídica diante da lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo e tem sua sede originária na própria Carta Magna (FUX, 2004, p.144)”.

Resta indubitável a existência da garantia constitucional do acesso à justiça, por intermédio da qual toda pessoa interessada poderá invocar seu direito ou ver cessada a ameaça empregada contra seu direito. Afinal, “ao que se afirmar titular de direito, se sobrevier lesão ou ameaça a esse direito, não poderá ser negado o acesso ao Poder Judiciário (MARINONI e MITIDIERO, 2008, p. 97)”.

Podemos salientar que o acesso à justiça vai além da obrigação do Estado em prestar a tutela jurisdicional, o Estado, deve adotar meios que viabilizam e facilitam o acesso à justiça. Por intermédio da Lei nº 1.060/50, a qual todo aquele que não tiver condições financeiras de arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, ou seja, todo aquele que não tiver condições financeiras de exercer a garantia constitucional do acesso à justiça, poderá requerer que lhe seja deferido os benefícios da Justiça Gratuita, ficando isento dos dispêndios financeiros (FUX, 2004).

⁸⁶ LV: “aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” CF/88

⁸⁷ SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 32ª edição revista, atualizada. Malheiros Editores. São Paulo. 2009, p. 431.

No entanto, há de ser observado que a garantia constitucional do acesso à justiça e seu acesso facilitado, por si só, não são suficientes a satisfação do direito buscado, fazendo-se necessária a existência de uma carga de efetividade sobre a prestação da tutela jurisdicional, o que, hodiernamente, está ausente nas decisões proferidas pelos magistrados (FUX, 2004).

Assim, espera-se que a tutela jurisdicional prestada pelo Estado seja efetiva e eficaz, produzindo efeitos no plano fático, o que se traduz na efetividade da tutela jurisdicional.

Como nos ensina, Luiz Rodrigues Wambier (2007, p. 37) ensina:

À luz dos valores e das necessidades contemporâneas, entende-se que o direito à prestação jurisdicional é o direito a uma proteção efetiva e eficaz, que tanto poderá ser concedida por meio de sentença transitada em julgado, quanto por outro tipo de decisão judicial, desde que apta e capaz de dar rendimento efetivo à norma constitucional.

Ressalta nesse sentido Luiz Rodrigues Wambier (2007, p. 37):

Mas não se trata de apenas assegurar o acesso, o ingresso, no Judiciário. Os mecanismos processuais devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àquele que tem razão.

Em função disso, para que haja efetividade, não basta que seja assegurado o acesso à Justiça ou facilitado seu acesso, as decisões, o julgamento e o resultado da análise do mérito deve ser útil e apto a produzir efeitos práticos na vida social.

Restou claro que hoje em dia interessa muito mais a efetiva realização do direito material do que sua simples declaração pela sentença de mérito. Daí, pois, a necessidade de compreender a ação como um direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, como direito à ação adequada, e não mais como simples direito ao processo e a um julgamento de mérito.⁸⁸

Vale ressaltar a aplicabilidade o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto na Constituição Federal de 1988 sendo necessário que a tutela prestada seja efetiva. Na clássica definição de Chiovenda, tem-se que o processo será efetivo se for capaz de proporcionar ao credor a satisfação da obrigação, como se ela tivesse sido cumprida espontaneamente e, assim, dar-se ao credor tudo aquilo a que ele tem direito.⁸⁹

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, Daniel Mitidieri. Código de processo civil comentado artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 97

⁸⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento. 9. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 121.

Enfatiza Didier Junior em apreciação ao referido princípio que ao provocar a atividade jurisdicional, o direito de ação não se vincula à efetiva procedência do quanto alegado; ele existe independentemente da circunstância de ter o autor razão naquilo que pleiteia; é abstrato. “O direito de ação é o direito à decisão judicial *tourtcourte* que este princípio não se dirige apenas ao Legislativo, impedindo de suprimir ou restringir o direito à apreciação jurisdicional (DIDIER JUNIOR, 2008, p. 86/87)”.

No mesmo sentido, Luiz Fux, alerta que o desígnio maior do processo além de dar razão a quem efetivamente a tem-na, é fazer com que o lesado recomponha o seu patrimônio pelo descumprimento da ordem jurídica, sem que sinta os efeitos do inadimplemento. Por isso que compete ao Estado repor as coisas ao *statu quo ante* se utilizando de meios de sub-rogação capazes de conferir à parte a mesma utilidade que obteria pelo cumprimento espontâneo.⁹⁰

Neste aspecto, há de ser dito que não são raros os casos submetidos ao Poder Judiciário que ocorre a declaração do direito, no entanto, a parte vencedora não enxerga em efeitos práticos o direito que lhe foi declarado, pois falta a efetividade na tutela jurisdicional.

O Estado, ao avocar para si o poder de dizer o Direito, também se tornou responsável pela distribuição e acesso à justiça, contudo, não basta proporcionar o acesso aos seus jurisdicionados, “garantir a efetividade de suas decisões é a contrapartida que o Estado tem que dar à proibição da autotutela (WAMBIER, 2007, p. 321)”.

Assim, muito embora a garantia constitucional do acesso à justiça seja um relevante direito assegurado pela Constituição Federal de 1988, à efetividade e a eficácia da tutela jurisdicional são as grandes responsáveis pela satisfação e produção de efeitos no plano fático, logo, de quase nada adianta ter acesso à justiça se esta é ineficaz, pois, “garantir às pessoas a tutela jurisdicional e prestar-lhes a tutela inefetiva e ineficaz é quase o mesmo que não prestar a tutela (WAMBIER, 2007, p. 321)”.

As frequentes alterações legislativas demonstram o esforço do Estado na tentativa de aperfeiçoamento do sistema processual e consequente concretização do direito fundamental de acesso à justiça, mas, de nada adianta tais alterações se não houver também uma mudança de mentalidade entre os detentores do poder de modo geral.

Todo esforço relacionado à concretização do direito de acesso à justiça como direito fundamental requer sensibilidade frente às questões de cunho social e engloba outras preocupações: a concretização dos demais direitos fundamentais e a valorização da dignidade da pessoa humana.

⁹⁰ FUX, Luiz. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.246

Nesse sentido as normas vinculadoras de direitos fundamentais nas relações entre particulares é mediata, isto é, seriam direitos relativos à defesa do particular contra o Estado, como enfatiza Sarlet:

a) Poder-se-á sustentar que a concretização de determinadas normas de direitos fundamentais por intermédio do legislador ordinário leva a uma aplicação mediata pelo legislador, que, na edição das normas de direito privado, deve cumprir e aplicar os preceitos relativos aos direitos fundamentais; b) uma aplicação indireta da Constituição também se verifica quando o legislador ordinário estabeleceu cláusulas gerais e conceitos indeterminados que devem ser preenchidos pelos valores constitucionais, de modo especial os contidos nas normas de direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 232).

Dessa forma garante-se o processo, e quando se fala em processo, e não em procedimentos, alude-se, sem dúvida, a forma instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.⁹¹

4.2. O Papel do Judiciário brasileiro

O acesso à justiça, como direito fundamental, tem como uma de suas metas a eliminação das desigualdades sociais, por meio da aplicação do princípio da igualdade material, e não a formal.

A expansão do controle normativo do Poder Judiciário tem sido objeto de estudo nas ciências sociais. Alguns estudiosos, como Ingerborg Maus, têm analisado que essa presença do Judiciário com maiores “poderes” traz um conceito de imagem paterna, vez que a justiça “pode funcionar como instância moral não se manifesta somente em pressuposições de cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular (MAUS, 2000, p.8)”.

O que podemos perceber é que as operadoras de saúde, ao fundamentar a negativa, estão criando obstáculos no contrato de saúde, ora realizado e assim, ofendendo o direito à saúde e abrindo portas para a Judicialização, como meio de conduta dos membros do Judiciário na resolução de conflitos.

Quanto aos usuários dos planos de saúde, está havendo uma importante atuação no Poder Judiciário no sentido de garantir à assistência à saúde e manutenção dos direitos

⁹¹ Idem, p. 431/432

fundamentais que lhes foram negados, no âmbito prestacional, em respeito ao proteção da justiça social, fruto da redemocratização⁹².

Para o exercício de eficácia dos direitos sociais, o Magistrado deverá analisar a universalidade do direito à saúde, igualdade, direito subjetivo e coletivo à saúde, escassez de recursos, uso indevido do orçamento, justiça comutativa e distributiva, entre outros meios de conceder a efetividade do sistema jurídico, uma vez que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

No cenário que vivemos existe uma problemática a ser enfrentada para a efetividade desses direitos, devido ao aumento de tratamentos, proliferação de novas doenças, aumento da expectativa de vida, entre outros embates que geram ao direito à saúde.

Todo esse fenômeno da Judicialização ocorreu também a expansão das demandas no Judiciário, como consequência da negativa de coberturas pelos planos, sobrecarregando e gerando novos custos administrativos à saúde suplementar.

Scheffer (2013, p.130) entende que

A solução do problema requer o aprimoramento da regulamentação específica, a atuação firme da agência reguladora, a expansão dos planos de saúde compatível com a capacidade de atendimento da rede credenciada e a revisão da relação entre o público e o privado na saúde no Brasil, o que exigirá a transformação dos modelos assistenciais, do financiamento e da prestação de serviços.

Toda essa problemática de relativização dos poderes, criou-se uma nova interpretação constitucional marcada por valores e questões morais reconhecidos pela comunidade e consagrados na lei, garantindo a segurança jurídica. Tudo isso pode ser firmado em visão principiológica, em razão de serem limites de interpretação.

Maus entende que na sociedade marcada pela delegação do superego, encontra-se a administração judicial da moral, senão vejamos:

Com a apropriação dos espaços jurídicos livres por uma Justiça que faz das normas "livres" e das convenções morais o fundamento de suas atividades reconhece-se a presença da coerção estatal, que na sociedade marcada pela delegação do superego se localiza na administração judicial da moral. A usurpação política da consciência torna pouco provável que as normas morais correntes mantenham seu caráter originário (MAUS, 2000, p.20).

⁹² A redemocratização do Brasil possibilitou grande avanço no debate, fixação de políticas públicas e execução efetiva de direitos, antes desconhecidos, na prática, pela população brasileira. Nesse sentido, a Constituição de 1988 representou um grande avanço ao estabelecer um modelo de sociedade de bem-estar social, onde os direitos de primeira, segunda e terceira geração se integram e relacionam de forma dialética. (p. 115) CASTRO, Matheus Felipe de. Dimensões Materiais e Eficácias dos Direitos Fundamentais / Coordenadores: Narciso Leandro Xavier Baez; Rogério Gesta Leal; Orides Mezzaroba - São Paulo: Conceito Editorial, 2010

Tudo isso, demonstra que o Judiciário tomou espaço na sociedade atual, por entender que os cidadãos olham para este poder como esperança para decidir interesse comum. Porém, isso contribui para o ativismo judicial, perante o enfraquecimento dos demais poderes.

Garapon (1996, p.42) nota que a “a justiça, forneceu à democracia seu novo vocabulário: imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumentação, etc.”. Logo, os magistrados têm sido vistos como uma nova representação, em que os novos atores são mediados pelo direito.

A teoria procedimentalista, representada por muitos estudiosos, principalmente por Maus, procura germinar uma nova hermenêutica constitucional resultante no novo paradigma do bem-estar social.

Nesse sentido, as decisões judiciais levam em consideração dois princípios importantes: integridade e equidade. Aquele ainda envolve o sistema normativo e coerente aos princípios. Este, limite entre a individualidade do magistrado e opinião pública. Assim, a condução das decisões jurisdicionais seriam baseadas na integridade e equidade.

O direito a integridade é um princípio adotado por Ronald Dworkin, em que possui um pensamento que o direito e a moral tem dependência mútua não podem ser separados durante a atividade.

Dworkin compreende que:

O direito como integridade é diferente: é tanto o produto de interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso, oferece-se como a continuidade das interpretações mais detalhadas que recomenda. (DWORKIN, 1999, p. 273).

Ainda estabelece que o direito como integridade pede que “os juízes admitam que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça, equidade e o devido processo legal adjetivo”, e pede “que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa equitativa segundo as mesmas normas”. (DWORKIN, 1999, p. 291).

Recentemente, pouco se discutia sobre a ideia do direito e do sistema judicial como fatores nevrálgicos de funcionamento da vida coletiva democrática e do desenvolvimento de uma política forte e densa de acesso ao direito e à justiça. O protagonismo dos tribunais surge

da mudança política em dois pontos: o fortalecimento de um novo modelo econômico calcado nas regras de mercado e nos contratos privados, que, para se fazer cumprir exigem segurança jurídica e um Judiciário rápido, eficaz e independente; e, a precariedade dos direitos econômicos e sociais, os quais o Estado não consegue efetivar, o que provoca o aumento da procura pelo Judiciário.

Nesse cenário de redemocratização, pela expectativa dos cidadãos de verem cumpridos seus direitos e garantias consignadas na Constituição, o direito de acesso à justiça deixa simplesmente de fazer parte do rol dos direitos reconhecidos essenciais do homem, mas passa a ser reconhecido como o mais fundamental deles, no sentido de que torna possível a concretização dos demais.

Entretanto, o acesso ao judiciário não se faz somente por meio de princípios, se faz principalmente, por meio de um sistema organizacional democrático, com a real aproximação dos conflitos sociais ao Poder Judiciário, afastando a grande desconfiança dos cidadãos frente às instituições públicas.

Especificamente ao caso brasileiro, destaca que “[...] apenas 30% dos brasileiros vivenciam cotidianamente as garantias e direitos fundamentais constitucionais”. A informação é alarmante, já que demonstra que a maioria da população brasileira não tem acesso formal à justiça e, portanto, vive à mercê de um poder paralelo, liderado por organizações criminosas e prevalentes nos grandes bolsões de miséria do país (FONTAINHA, 2009, p. 84).

Essa informação também vem a corroborar a afirmação de que a solução do problema do acesso à justiça no Brasil necessariamente passa pela resolução dos seus problemas sociais do Brasil. O desafio é grande! Portanto, para mencionar outros obstáculos de acesso à justiça que são visualizados de forma geral na *práxis* forense e cotidiana dos tribunais.

A morosidade na entrega da prestação jurisdicional e a sobrecarga dos tribunais são problemas comuns apontados pelos estudiosos do assunto.

Como já mencionado anteriormente, com a redemocratização do país após a promulgação da Constituição de 1988, o surgimento de novos direitos e o início de um fortalecimento do direito de acesso à justiça no Brasil, as varas e tribunais enfrentariam uma demanda muito além de sua capacidade estrutural e humana, agravada pela ausência de autonomia efetiva dos poderes, o corporativismo de membros e a inexistência de um controle externo por parte da sociedade.

Alerta Santos, quanto à necessidade de cautela quanto a avaliar-se o sistema de justiça somente pelo critério da celeridade:

A morosidade sistêmica é aquela que decorre da sobrecarga de trabalho, do excesso de burocracia, positivismo e legalismo. Muitas das medidas processuais e de produtividade adotadas recentemente no Brasil são importantes para o combate à morosidade sistêmica. [...] Com as reformas que incidem sobre a morosidade sistêmica podemos ter uma justiça mais rápida, mas não necessariamente uma justiça mais cidadã. Ao contrário, com a revolução democrática da justiça a luta não será apenas pela celeridade (quantidade da justiça), mas também pela responsabilidade social (qualidade da justiça). Naturalmente que a questão da celeridade é uma questão importante, que é necessário resolver. Sou, naturalmente, a favor de uma justiça rápida. A celeridade da resposta do sistema judicial à procura que lhe é dirigida é também um componente essencial de sua qualidade. Mas é evidente que, do ponto de vista de uma revolução democrática de justiça, não basta a rapidez. É necessária, acima de tudo, uma justiça cidadã (SANTOS, 2011, p. 43).

A morosidade da marcha processual é, sem dúvida, fator que estimula a descrença da população no Judiciário e que também serve de estímulo àquele que é o causador da lesão a direito de outrem, pois sabe que a reprimenda a ser alcançada pela via judicial tarda para chegar.

É oportuno afirmar que existem outros obstáculos, além da morosidade, que comprometem sobremaneira a efetivação da prestação jurisdicional:

A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça, a complicação procedimental, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários (CINTRA, *et al* 2004, p. 39).

O alto custo financeiro de um processo também é um dos principais obstáculos ao acesso efetivo do cidadão brasileiro à justiça, tendo em vista, a população carente, que não tem condições sequer de se alimentar, não ter ônus para custear uma demanda judicial que requer recursos financeiros para a manutenção do processo. A estes resta, portanto, recorrer à justiça gratuita e enfrentar a morosidade que se torna ainda maior, muitas vezes, pela condição socioeconômica dos litigantes.

O valor das custas processuais assusta todos os jurisdicionados, no entanto não basta a proclamação teórica do princípio igualitário das partes se o Estado não proporcionar meios para que todos, sem exceção, inclusive os economicamente desfavorecidos tenham acesso à denominada ordem jurídica justa, num flagrante desrespeito à garantia constitucional da assistência judiciária.

Assim sendo há de se viabilizar a total gratuidade judiciária, assegurada pelo diploma legal, como é o caso do direito à justiça gratuita, basta então comprovar que não tem condições para que o Estado patrocine sua defesa, conforme menciona a Constituição Federal de 1988 (CICHOCKI NETO, 2001).

No entanto, esse obstáculo ao acesso à justiça, relacionado ao fator de ordem econômica, é a desigualdade no poder aquisitivo das partes litigantes, onde cidadão em juízo para deferimento de um direito que se é titular, o acesso a um processo e a uma decisão justa, e que devido aos custos elevados são barreira ao acesso à justiça, fez que não possuem condições econômicas de arcar com as despesas do processo, acabam desistindo da ação ou fazem acordo inferior àquele que teriam direito (BAUER, 2007).

Para adentrar no aspecto do acesso à justiça, é necessário trazer à baila, a distinção entre litigantes habituais e eventuais, baseado na frequência de encontros com o sistema judicial:

Os primeiros, pela sua própria superioridade econômica, acostumados a transitar constantemente pelos cartórios judiciais, assistidos de advogados não menos influentes e já inseridos no cotidiano forense, com grande penetração entre os serventuários da justiça e Magistrados, sempre na defesa das causas importantes, envolvendo grandes somas de dinheiro. Os litigantes eventuais, por outro lado, são identificados como aquelas pessoas que, vez por outra, têm algum direito violado, mas resistem em recorrer às vias judiciais, em razão do ceticismo que a grande massa consumidora da justiça (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 25).

Nesse viés, há profunda diferença de posicionamento processual entre os litigantes habituais e eventuais. As vantagens sobre dos primeiros, são numerosas:

1) maior experiência com o Direito possibilitando-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) os litigantes habituais têm oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória; 4) eles podem diluir os riscos da demanda por maior número de casos e 5) podem testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir a expectativa mais favorável em relação a casos futuros. (CAPPELLETTI e GARTH 1988, p. 25).

Assim, é evidente que se torna muito mais fácil para uma empresa que normalmente detém patrimônio e profissionais para suportar as consequências de uma demanda do que a dificuldade em litigar enfrentada pelo cidadão comum.

Uma alternativa a esse obstáculo seria a litigância coletiva, com a organização em pequenos grupos, quando, é claro, o direito a ser pleiteado permitir esse tipo de ação, mas trata-se de solução pouco incentivada no Brasil.

Outro obstáculo seria a deficiência de funcionamento da Defensoria Pública em alguns Estados brasileiros, apesar de se tratar de garantia constitucional expressamente prevista no

Artigo 134⁹³ da Constituição Federal de 1988 e que, trata-se de instituição de relevante papel e que deveria ser estimulada e evidenciada, inclusive no que se refere ao direcionamento de aporte orçamentário pelos Estados:

Tendo em conta a evolução dos mecanismos e concepções relativas ao acesso à justiça, a proposta de construção de uma Defensoria Pública, nos moldes como está prevista sua atuação no Brasil, acumula diferentes vantagens potenciais: universalização do acesso através da assistência prestada por profissionais formados e recrutados especialmente para esse fim; assistência jurídica especializada para a defesa de interesses individuais, coletivos e difusos; diversificação do atendimento e da consulta jurídica para além da resolução judicial dos litígios através da conciliação e da resolução extrajudicial de conflitos e, ainda, atuação na educação para os direitos (SANTOS, 2011, p. 51/52).

O processo organizado em fases, muitas vezes, serve muito mais para o réu, com vistas a executar seu intuito meramente protelatório do que para o autor, na busca da concretização do direito pleiteado ou reparação do direito violado.

É compreensível a preocupação dos processualistas neste aspecto, haja vista, a importância de cumprimento às garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, mas, ainda, o processo civil brasileiro não conseguiu equilibrar tais princípios com o princípio da razoável duração do processo e a sua efetividade.

Identificado o problema que surge no Poder Judiciário, quanto ao alto custo processual, a morosidade e o formalismo processual, apresenta-se alternativas como a conciliação, realizada pelos Juizados Especiais bem como outros meios alternativos de formalização processual, no sentido de resposta mais célere.

No que diz respeito ao contraditório e a ampla defesa em detrimento da celeridade processual, a Constituição Federal de 1988, devido ao clamor da sociedade por uma justiça mais rápida e justa e a partir da Emenda constitucional nº 45, reforma do Judiciário, inseriu, não somente os direitos fundamentais, como a duração do processo e os meios que garantam a celeridade da tramitação (CARNEIRO, 2007).

A exigência de justiça de qualidade, como demanda transparente, celeridade processual, informatização do processo para tornar mais rápido o resultado, eis os desafios enfrentados pelos magistrados, membros do Ministério Público, advogados e servidores em

⁹³ Artigo 134 da Constituição Federal de 1988: A defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do artigo 5º desta Constituição (CONSTITUIÇÃO DE 1988).

geral. Esta mobilização, implementada pelo Judiciário poderá atender à exigência da sociedade por uma justiça de qualidade, efetiva e em menor tempo (CARNEIRO, 2007).

Falar da efetividade do processo também é falar de sua aptidão, mediante, é claro, a observância racional dos princípios e garantias processuais, a pacificar segundo critérios de justiça. De acordo com Bonavides:

Uma vez afirmados e aplicados na jurisprudência os princípios são os materiais graças aos quais pode a doutrina edificar, com segurança, construções jurídicas, temos por armadura, os princípios existem não se exprimem ou não se refletem em textos de lei. Mas a jurisprudência se limita a declará-los; ela não cria. O enunciado de um princípio não escrito é a manifestação do espírito de uma legislação (BONAVIDES, 2015, p. 240).

Essa nova análise requer dos operadores do direito, sobretudo dos magistrados, que tem como mister declarar o direito objetivo no caso concreto, uma nova postura a fim de projetar sobre a técnica processual um novo caráter ideológico.

A efetividade processual é a capacidade de se produzir algo, enquanto a eficácia é aquilo que foi produzido e que se tenha um resultado útil, dispondo de meios adequados para fazê-los, com garantias processuais adequadas. “O processo deverá ser capaz de produzir efeitos justos e imediatos para atender as necessidades dos cidadãos, promovendo a pacificação social (CAPPELLETTI e BAHT, 1988, p. 41)”.

Segue afirmando Cappelletti, que:

O direito fundamental à efetividade do processo que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica compreende em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos (CAPPELLETTI e BAHT, 1988, p. 41).

O acesso a uma ordem jurídica justa não passa somente pela reforma do Judiciário, mas por uma reforma estrutural dos demais poderes do Estado, na organização e implantação de políticas públicas que viabilizem o bom funcionamento do Poder Judiciário.

Considero, por isso, essencial a adoção de medidas que visem, designadamente, a alteração de métodos de trabalho, uma nova organização interna dos tribunais, maior eficácia na gestão dos recursos humanos e materiais de fluxos processuais e uma melhor articulação dos tribunais com outros serviços complementares da justiça.

A criação de juizados especiais foi de grande valia a fim de viabilizar o acesso à justiça, nos quais se solucionam conflitos de pequena monta ou de determinados casos menos graves,

o julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor poder ofensivo. São, portanto, instrumentos aglutinados da prestação jurisdicional tendo proporcionado um efetivo exemplo de valorização da cidadania e de um maior acesso à justiça.

Mas, isso não basta, é necessário utilizar canais como esses, como meio de Educação o social do povo, o que constituirá como avanço no que diz respeito ao acesso dos menos favorecidos à solução de seus conflitos sociais, pela via judicial.

Portanto, uma justiça social com maior efetividade de suas decisões requer reformas administrativas e culturais.

O próprio Poder Executivo questiona o cumprimento das decisões judiciais.

Recusa-se, injustificadamente, a cumprir as determinações do Poder Judiciário, fazendo uso de todos os mecanismos processuais disponíveis, de forma direta ou indireta.

Dessa forma, nega a autoridade do terceiro poder, colocando-se, muitas vezes, como órgão decisório em última instância. É preciso modificar essa cultura de minimização da importância do Poder Judiciário praticado pelo Poder Executivo.

Além da modernização administrativa, principalmente das Varas Estaduais da Justiça comum, a par da tecnologia já utilizada no âmbito das Justiças Especializadas como a Justiça do Trabalho e a Justiça Federal, é imprescindível, ainda, a mudança de cultura dos operadores do Direito a fim de que utilizem os mecanismos processuais disponíveis de forma ética e também com vistas à celeridade processual e, com o objetivo primordial de buscar a solução da lide posta à apreciação do Judiciário, bem como a concretização de direitos.

Em fim o Acesso à Justiça é para todos, inclusive para o que está eventualmente desprovidos de recursos financeiros, isto é o que prediz a Constituição Brasileira de 1988. Importante destacar ainda que não se pode adotar uma postura simplista de que se deve tratar igualmente a todos. A democracia pressupõe tratar igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais.

É evidente que a pobreza é um dos maiores obstáculos do livre acesso à justiça. O pleno acesso à justiça só será possível com a erradicação da pobreza ou com a inclusão dos excluídos no processo de democratização da justiça ou, ainda, com a intervenção do judiciário ofertando oportunidades iguais aos desiguais, dotando os mais fracos e miseráveis, da possibilidade de acesso a uma ordem jurídica justa e equânime.

Trazendo para a situação da busca da judicialização envolvendo os casos de direito à saúde, têm sido constante maneira dos cidadãos, consumidores, beneficiários e dependentes de se envolverem nos braços do guardião que é o Judiciário, pois de acordo com os precedentes,

percebe-se uma maneira tendenciosa a tutelar o direito violado pelos planos de saúde ao negar os tratamentos importantes para a vida.

O papel do Judiciário, em geral e do Supremo Tribunal Federal, em particular, na interpretação e na efetivação da Constituição, “é o combustível de um debate permanente entre teoria e filosofia constitucional contemporânea, pelo mundo afora (BARROSO, 2009, p. 414)”. Dessa forma, os juízes tomam decisões com base em ordem moral, princípios, buscando argumentos para que as partes vejam que estabelecem o motivo de que as partes têm direitos e deveres legais, inserindo assim, no mundo pratico das decisões.

4.3. As decisões judiciais procedentes à autorização do tratamento “*Therasuit*”

No mundo constitucionalista visto que a preponderância dos dispositivos legais, regulados pela Constituição Federal de 1988, diversas são as medidas a combater a desigualdade entre classes sociais, estabelecendo o Acesso à Justiça como parâmetro de Direito Fundamental, conferindo aos cidadãos o direito de petição aos órgãos públicos em defesa de seus direitos pela apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito ao Poder Judiciário, garantindo assim, o efetivo Acesso à Justiça como meio social satisfatório.

A essa proteção dispõe o artigo 5º, inciso XXXV, a qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, mas antes da concretização da lesão, observa José Afonso da Silva as seguintes garantias:

A primeira garantia o texto revela é que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pois a Constituição já não mais qualifica de individual, no que andou bem, porquanto a interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava direito, de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora hão de levar-se em conta os direitos coletivos também (SILVA 2009, p. 431).

A jurisdição surgiu historicamente como meio de defesa da Constituição e dos valores sociais e políticos e nesse sentido, o Poder Judiciário se transformou em um poder político, “capaz de fazer valer a constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes”. (BARROSO, 2009, p.2).

Nesse sentido, por ser garantia o acesso à justiça, muitos que estão angustiados procuram o Judiciário para resolver as causas de contratos de consumo envolvendo plano de saúde.

A jurisprudência brasileira é tendente a afirmar que o rol de procedimentos constantes na ANS é meramente exemplificativo. O Superior Tribunal de Justiça em decisão entende que:

O fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, *per se*, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, pois, tratando-se de rol exemplificativo, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor. (...) (STJ; AgRg-AREsp 708.082; Proc. 2015/0114569-7; DF; Terceira Turma; Rel. Min. João Otávio de Noronha; DJE 26/02/2016).

O Tribunal de Justiça do Ceará também já decidiu no sentido de que o rol é meramente exemplificativo e que a recusa do tratamento a quebra de expectativas do consumidor.⁹⁴

Vale ressaltar que o Rol de Procedimentos Médicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar por ser exemplificativo, é atualizado periodicamente, no sentido de dar cobertura assistencial nos planos de saúde.

De outra forma não poderia ser, porquanto notória a celeridade da ciência médica, cuja evolução não pode ficar adstrita a regulamentações de seus procedimentos em rol específico de cobertura assistencial do plano, pois o direito à vida e à saúde, constitucionalmente a todos assegurados, sobrepõem-se às atualizações periódicas de procedimentos médicos por órgão governamental.

Em relação aos tratamentos a serem concedidos, o Tribunal de Justiça de São Paulo⁹⁵ em recente decisão, concedeu a liminar para que o plano de saúde custeasse o procedimento médico equoterapia, método terapêutico e interdisciplinar que emprega o cavalo como um meio

⁹⁴CÍVEL. APELAÇÃO. REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICAS C/C REPARAÇÃO POR DANO MORAL. ROL DE PROCEDIMENTOS DE COBERTURA OBRIGATÓRIA DA ANS. ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO. NATUREZA CONSUMERISTA DO CONTRATO. QUEBRA DE EXPECTATIVAS DO CONSUMIDOR. BOA-FÉ OBJETIVA. DANOS MORAIS DEVIDOS DE ACORDO COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. APELO IMPRÓVIDO. DESEMBARGADOR INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO Relator (TJ-CE - APL: 01446799720138060001 CE 0144679-97.2013.8.06.0001, Relator: INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 13/07/2015).

⁹⁵ Ação de obrigação de fazer - Decisão agravada que deferiu em parte o pedido de antecipação de tutela para determinar à ré que autorize e custeie os procedimentos médicos indicados no item 7.2 e no aditamento à inicial, exceto, neste momento, a equoterapia, sob pena de multa diária de R\$1.000,00 - Insurgência da requerida - Não acolhimento - Autora portadora de paralisia cerebral - Incidência das Normas Consumeristas - Aplicação da Súmula nº 102 deste Egrégio Tribunal de Justiça - Ausência de comprovação de inviabilidade do procedimento indicado no relatório médico - Prestação de caução - Desnecessidade - Ausência de previsão legal - Decisão mantida - Recurso não provido. TJSP; AI 2219937-56.2015.8.26.0000; Ac. 9168979; Ribeirão Preto; Terceira Câmara de Direito Privado; Relª Desª Marcia Dalla Déa Barone; Julg. 16/02/2016; DJESP 31/03/2016.

de desenvolvimento biopsicossocial de pessoas portadoras de necessidades especiais.

Estas decisões são exemplos que a ANS deverá providenciar para que as decisões judiciais que já foram garantidas sejam incorporadas no rol de cobertura mínima e com o advento do Novo Código de Processo Civil seja implantado um padrão de indenização por danos morais para que as operadoras de planos de saúde parem de estabelecer cláusulas abusivas nos contratos de consumo.

Outro ponto que merece ser destacado são os pareceres médicos que estão sendo aceitos como justificativa de tratamentos, exames, medicamentos e procedimentos mesmo que não tenham previsão no rol da ANS.

Prova disso, é uníssona a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe⁹⁶ ao conceder o tratamento com base nos relatórios dos médicos, como também, entendem que não é necessário estar constante no rol da ANS para se ter o direito ao tratamento.

A seguir, os termos da decisão quanto aos relatórios médicos:

Considerando os argumentos trazidos pelos autores, demonstrando que o menor já se encontra em tratamento e que a interrupção do mesmo poderá reverter os progressos até então obtidos e, ainda, não havendo prova de se tratar de tratamento em fase experimental, com indicação de três profissionais da área de saúde, quais sejam, o neurologista infantil, o pediatra e o fisioterapeuta, restam demonstrados os requisitos de verossimilhança do alegado, bem como o perigo da demora, pela possibilidade de reversão do progresso. Quanto ao *fumus boni iuris* o mesmo igualmente resta demonstrado pela indicação dos profissionais acima identificados e o relato de progresso do paciente, tratando-se de medida reversível a qualquer tempo, atendendo, assim, aos requisitos do art. 273, I do CPC, devendo, assim, ser acolhido o pedido para determinar, em sede de urgência, o custeio, pela requerida, do tratamento na seguinte forma: - Módulo primeiro em dezembro/2013, no valor de R\$ 10.000,00 pagável até 30/12/13; módulo segundo no mês de março/2014 e pagável até 30/03/14, no valor de R\$ 11.000,00 e módulo terceiro no mesmo valor, a ser realizado no mês de, junho/2014, pagável até 30/06/14.

O rol de procedimentos da ANS constitui referência básica para cobertura assistencial nos planos de saúde, ou seja, o rol é exaustivo e não contém todos os tipos de procedimentos médicos necessários, o que torna prejudicial ao consumidor porque as inovações tecnológicas surgem em um grau de velocidade tamanho que não se pode interpretar a norma de maneira restritiva, uma vez que os tratamentos passam por constante mudança, não é razoável o

⁹⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CONDENATÓRIA - TRATAMENTO MÉDICO - TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA - PRESENÇA DOS REQUISITOS CONSTANTES NO ART. 273, DO CPC - COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DO TRATAMENTO "THERASUIT" PLEITEADO - AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O TRATAMENTO POSSUI CARÁTER EXPERIMENTAL - MANUTENÇÃO DA DECISÃO - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO - UNÂNIME.(AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2013224308, 15ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, ANA LÚCIA FREIRE DE A. DOS ANJOS, JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 20/01/2014)

consumidor ficar “imóvel” em procurar um procedimento que o médico prescreve só porque passa por vedação no contrato do plano de saúde.

Podemos entender que não é sobre o tipo de tratamento para cada anomalia o plano vai cobrir, pois o plano de saúde destina cobrir as despesas relativas aos tratamentos e o profissional da saúde não pode ser impedido de escolher o melhor tratamento que convém à cura ou o restabelecimento do paciente.

Nesse sentido, aponta a abusividade das cláusulas que residem esse aspecto, que priva o paciente de receber o tratamento com método mais moderno em que instalada a doença coberta em razão da cláusula limitativa, pondo em risco à saúde do consumidor, vez que os direitos devem ser respeitados numa relação consumerista, em que o consumidor é vulnerável.

Além disso, a portaria nº 03/99 da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça considera abusivas as cláusulas dos planos de saúde que restrinjam procedimentos solicitados mediante prescrição médica, como ocorreu no presente caso. Logo, que existir uma limitação para eventos médicos, visando o bem estar do consumidor, principalmente o menor de idade, constitui flagrante violação ao princípio da equidade.

A liberdade contratual no nosso ordenamento jurídico não é absoluta, então, não está coberta operadora de saúde alegar ausência de previsão no rol da ANS.⁹⁷ Desta forma, descabe a limitação de procedimentos cobertos pelo plano de saúde, uma vez que é recomendado pelo profissional da saúde e cabe a ele avaliar a necessidade do tratamento.

Portanto, outrossim, vale destacar que a finalidade dos planos de saúde é tratar da doença, resultando qualquer restrição quanto aos procedimentos necessários a cura em inobservância das disposições previstas no Código Consumerista. Sobre o tema, é uníssono o entendimento de que os planos de saúde podem estabelecer quais as doenças que serão cobertas, mas não podem limitar o tipo de tratamento a ser alcançado ao paciente, sendo abusiva tal limitação.⁹⁸

⁹⁷ “Não há declaração de vontade livre e vinculante se os desiguais, social e economicamente considerados, não foram tutelados com normas jurídicas distintas tendentes a conferir-lhes isonomia e a realizar a máxima constitucional: todos são iguais perante a lei. Igualdade substancial (e não meramente formal) pressupõe tratamento isonômico para os semelhantes. A disposição da vontade não é livre quando a parte hipossuficiente ou economicamente mais vulnerável não é dada a liberdade de escolha de contratar ou não contratar, ou de estabelecer as condições mínimas que preservem seus interesses juridicamente tutelados.” (in: A função social do contrato e o princípio da boa fé no novo Código Civil brasileiro. RT, v. 801, São Paulo, Ed. RT, p. 17, jul. 2002).

⁹⁸ (AREsp 727781). CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DA SEGURADORA EM AUTORIZAR TRATAMENTO DE SAÚDE, SOB ALEGAÇÃO DE QUE O MATERIAL SOLICITADO PELO MÉDICO REFERE-SE A PROCEDIMENTO NÃO RELACIONADO NO ROL DA ANS. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DO PARECER MÉDICO, NO QUE RESPEITA AO TRATAMENTO MAIS ADEQUADO À CURA DO PACIENTE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. AS RELAÇÕES ENTRE PLANO DE SAÚDE E SEGURADOS SÃO REGIDAS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, E AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS QUE EXCLUEM OU RESTRINGEM COBERTURA

Os Tribunais Superiores⁹⁹ entendem que deve-se proteger o consumidor e fazer a distinção entre a patologia e as terapias. Para não pôr em risco a vida do beneficiário, violando o direito fundamental garantido.

O STJ entende por abusiva a cláusula contratual que exclui o tratamento prescrito para garantir a saúde ou vida do beneficiário, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não tipo terapêutica indicada por profissional habilitado.¹⁰⁰

Por ser uma doença rara, a Síndrome de Joubert, pouco tem jurisprudência acerca do tratamento a ser concebido aos portadores. Ocorre que, como ela provoca paralisia cerebral, podemos pautar analogicamente as jurisprudências acerca desta anomalia ou de outras que envolvem o sistema nervoso do corpo humano e consequente limitação motora, a qual necessita do Método fisioterapêutico.

DEVEM SER INTERPRETADAS RESTRITIVAMENTE, PORQUE CONTRÁRIAS ÀS EXPECTATIVAS DO CONSUMIDOR, O QUAL CONTRATA UM PLANO DE SAÚDE COM O OBJETIVO DE SER DEVIDAMENTE ASSISTIDO, QUANDO FOR NECESSÁRIO, INDEPENDENTEMENTE DA ESPÉCIE DE PROCEDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR. 2. O *ROL* DE PROCEDIMENTOS PREVISTOS PELA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR É UM INDICATIVO DE COBERTURA MÍNIMA, A QUE ESTÃO LEGALMENTE OBRIGADAS TODAS AS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE, MAS NÃO EXAURE TODOS OS TRATAMENTOS QUE DEVEM SER COBERTOS, MESMO PORQUE A CIÊNCIA MÉDICA É DINÂMICA, AS PESQUISAS AVANÇAM E A CADA DIA PODEM SURTIR NOVOS PROCEDIMENTOS MAIS EFICAZES QUE OS ANTERIORES, NO TRATAMENTO DAS MESMAS PATOLOGIAS. 3. NO CASO CONCRETO, SE A PACIENTE, PORTADORA DE HÉRNIA DE DISCO, NECESSITA SER SUBMETIDA AO TRATAMENTO DENOMINADO "LESÃO DE SUBSTÂNCIA GELATINOSA MEDULAR (DREZ) POR RADIOFREQUÊNCIA, PROCEDIMENTO PREVISTO NO *ROL* DA ANS, NÃO PODE A SEGURADORA NEGAR O ATENDIMENTO, SOB ALEGAÇÃO DE QUE DA REQUISICÃO CONSTA A UTILIZAÇÃO DE MATERIAL INERENTE AO PROCEDIMENTO "NUCLEOPLASTIA", O QUAL ESTARIA EXCLUÍDO DO REFERIDO *ROL*, EIS QUE CABE AO MÉDICO ESCOLHER O MELHOR TRATAMENTO E OS MATERIAIS NECESSÁRIOS À SUA EFICÁCIA. 4. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS, SERVINDO A SÚMULA DO JULGAMENTO DE ACÓRDÃO, NA FORMA AUTORIZADA PELO ART. 46, DA LEI N. 9.099/95. 5. FICA A RECORRENTE CONDENADA AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS, ALÉM DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, FIXADOS EM R\$ 500,00 (QUINHENTOS REAIS), NA FORMA DO ART. 55, DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. (TJ-DF - ACJ: 20070110244337 DF, Relator: JESUÍNO RISSATO, Data de Julgamento: 25/11/2008, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., Data de Publicação: DJU 21/01/2009 Pág.: 166).

⁹⁹AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO. MEDICAMENTO. NEGATIVA DE COBERTURA. CLÁUSULA ABUSIVA. 1. Tratamento experimental é aquele em que não há comprovação médica científica de sua eficácia, e não o procedimento que, a despeito de efetivado com a utilização equipamentos modernos, é reconhecido pela ciência e escolhido pelo médico como o método mais adequado à preservação da integridade física e ao completo restabelecimento do paciente. 2. Delineado pelas instâncias de origem que o contrato celebrado entre as partes previa a cobertura para a doença que acometia a autor, é abusiva a negativa da operadora do plano de saúde de fornecimento dos medicamentos prescritos pelo médico que assiste o paciente. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 7.865/RO, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 05/03/2014).

¹⁰⁰ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO HOME CARE. RECUSA INJUSTIFICADA. ABUSIVIDADE. DANO MORAL IN RE IPSA. CONFIGURAÇÃO. REVISÃO DO VALOR. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULAS N.ºS 7 E 83 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. (AgRg no AREsp 725.203/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 24/09/2015)

Vejamos, o Tribunal de Justiça do Ceará, em seu AGV: 06256434420158060000¹⁰¹ CE 0625643-44.2015.8.06.0000, cuja relatora foi Maria de Fátima de Melo Loureiro, autorizou o tratamento de fisioterapia pelo método *Therasuit*, ao portador da doença de Von Recklinghausen, também conhecida como Neurofibrose, que afeta a parte neuromotora do cérebro, bem como limitações motoras, conforme a prescrição do profissional neurologista e entendeu que “o especialista é quem direciona o tratamento do paciente e o fator decisivo na escolha é o diagnóstico histológico da doença. E sob esse aspecto, o mesmo não pode ser impedido de escolher a alternativa que melhor promova o restabelecimento do doente”.

Ainda assim, o fato de não constar no rol de procedimentos da ANS não é óbice à autorização do tratamento. A Ministra Relatora afirmou que deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor e interpretar as cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao segurado.

Em São Paulo¹⁰², o menor Miguel Boos de Vicentes Benedito representado pelo genitor Leandro, ingressou com uma ação em face da Cooperativa de Trabalho Médico da Unimed, alegando que é beneficiário do plano de saúde e houve a recusa do método *Therasuit*, recomendado pelos médicos.

A sentença *a quo* julgou procedente o pedido do autor, autorizando o tratamento médico solicitado. A empresa não conformada com a situação recorreu e o Tribunal não conheceu da apelação. Em grau de Recurso Especial, o acórdão decidiu que a matéria versa sobre negativa de cobertura de fisioterapia motora (*Therasuit*) e não sobre autorização de exame para detecção de mutações germinativas dos genes. Nesse caso, demonstra mais uma vez que o método eficaz, porém negado pelos planos de saúde deve ser autorizado.

O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe no processo Apelação Nº 201500706451¹⁰³, 1ª CÂMARA CÍVEL, cujo relator Roberto Eugenio da Fonseca Porto

¹⁰¹ DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. AGRAVO REGIMENTAL DE DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. FISIOTERAPIA PELO MÉTODO *THERASUIT* PRESCRITA PELO MÉDICO ESPECIALISTA. NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO DO TRATAMENTO PELA OPERADORA DE SAÚDE SOB O FUNDAMENTO DE NÃO CONSTAR NO ROL DE PROCEDIMENTOS OBRIGATÓRIOS DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS e não se encontrar previsto no contrato celebrado entre as partes. Impossibilidade. Descabe ao plano de saúde limitar a terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura, ainda que tal procedimento não se encontre no rol de procedimentos obrigatórios da ans. Contratos de saúde. Interpretação de cláusulas benéficas ao consumidor. Aplicação do código de defesa do consumidor. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS.

¹⁰² AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 938.798 - SP (2016/0161788-7)

¹⁰³ APELAÇÃO CÍVEL - ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por dano moral e material – plano de saúde - negativa de tratamento fisioterápico a usuária com paralisia cerebral - comprovação com atestados médicos da necessidade do método “*Therasuit*” - recusa da cobertura do seguro de saúde amparada em contrato estabelecido entre as partes – abusividade - cláusula limitativa de cobertura – RECURSO CONHECIDO E

proferiu decisão reconhecendo a abusividade da cláusula que limita o dever de cobertura do plano de saúde. Ainda diz que a Lei nº 9.656/98 disciplina sobre os contratos de assistência médica (comumente denomina dos planos de saúde) e que em seu artigo 35 - C estabelece sobre a obrigatoriedade da cobertura nos casos em que sejam “de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente”.

Outro caso é o Recurso Especial sob o nº 1.201.736¹⁰⁴, cuja ministra relatora Nancy Andrighi, proferiu a sua decisão em 2012 autorizando tratamento e responsabilizou o plano de saúde a indenização por danos morais por entender que agrava a situação psicológica dos que necessitam do tratamento médico.

Posiciona o STJ também quanto ao tratamento pelo método *Therasuit* à pessoa que tem a tutela de urgência deferida ao autor que possui diagnóstico de paralisia cerebral e que pretende a autorização de terapias multidisciplinares, sob argumento de que não são reconhecidas mais como tratamentos alternativos. Nos autos, consta a Resolução Normativa nº 387/2015 da ANS que contempla previsão de cobertura para fisioterapia, fonoaudiologia e terapia ocupacional para contratos firmados após 1999.

Outra decisão do STJ, ao Agravo em Recurso Especial Nº 754.273¹⁰⁵ - MG (2015/0187250-1) deu provimento a tutela antecipada, em processo em face do plano de saúde que negou o acompanhamento multidisciplinar, no sentido de que relatórios médicos colacionados aos autos evidenciam ser o requerente (criança menor de 4 anos de idade, fl. 50-TJ), portador da Síndrome de Joubert, o que exige acompanhamento constante por uma equipe multidisciplinar.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Sergipe vem decidindo sobre o caso de uma criança portadora da Síndrome de Joubert, que ingressou uma ação em face do plano coletivo

PARCIALMENTE PROVIDO - DECISÃO POR MAIORIA. (Apelação Nº 201500706451, 1ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO, RELATOR, Julgado em 25/05/2015)

¹⁰⁴DIREITO CIVIL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. EXAMES CLÍNICOS. RECUSA INJUSTIFICADA. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. 1. A recusa, pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que esteja legal ou contratualmente obrigada, implica dano moral ao conveniado, na medida em que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele que necessita dos cuidados médicos. Precedentes. 2. Essa modalidade de dano moral subsiste mesmo nos casos em que a recusa envolve apenas a realização de exames de rotina, na medida em que procura por serviços médicos – aí compreendidos exames clínicos – ainda que desprovida de urgência, está sempre cerca da de alguma apreensão. Mesmo consultas de rotina causam aflição, fragilizando o estado de espírito do paciente, ansioso por saber da sua saúde. 3. Recurso especial provido (STJ. Resp. 1.201.736; Min. Rel. Nancy Andrighi; Julgado: 02/08/2012).

¹⁰⁵ "AGRAVO DE INSTRUMENTO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - SÍNDROME DE JOUBERT - QUADRO DE SAÚDE GRAVE - TRATAMENTO DOMICILIAR – ACOMPANHAMENTO MULTIDISCIPLINAR - NECESSIDADE - REQUISITOS PRESENTES - IRREVERSIBILIDADE RECÍPROCA

empresarial Bradesco Seguros, na ação sob o nº 201611300502, para autorização do tratamento através do método *Therasuit* negado pelo plano, ocorre que, segundo os autos, é o melhor tratamento para assegurar que a criança atinja os objetivos, ou seja ganhar estabilidade articular e maximizar o treino de atividades neuromotoras ideais para a idade dele que é 2 anos e que possui hipotonia generalizada e atraso no desenvolvimento neuro evolutivo.

De acordo com a alegação do autor,

Tal negativa deriva a impossibilidade do menor de ter um diagnóstico preciso e iniciar o correto e eficaz tratamento, agravando seu quadro de saúde de forma imediata, aumentando o risco à sua vida e fazendo com que eventual sobrevida após o tratamento se dê em condições extremamente gravosa, sujeitando-o a dificuldades do diagnóstico e recuperação do desenvolvimento mental.

Nos autos, fora anexado o relatório da fisioterapeuta informando a real necessidade do tratamento, inclusive atestam a possibilidade de agravamento da saúde do menor, além de requererem a indenização por danos morais.

A sentença *a quo* destacou que os planos de saúde estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 35 da Lei 9.656/1998, bem como incidem no artigo 47 do CDC, que determina a interpretação das cláusulas contratuais da maneira mais favorável ao consumidor, que comina de nulidade absoluta as cláusulas contratuais quando for relativa a fornecimento de produtos e serviços que violem a boa-fé ou equidade.

Segue, *in verbis*, trecho da sentença a qual explica o motivo da autorização do tratamento:

Não pode a empresa prestadora de serviços médicos impedir o paciente de receber o tratamento mais adequado à sua doença, e, até mesmo, o tratamento mais correto para o seu caso, através de diagnósticos precisos, evitando, assim que a vida do paciente seja posta em risco em razão da ausência de prestação de serviços de forma adequada e eficaz. Ao médico assistente que acompanha todo o histórico do menor cabe eleger a melhor técnica para o paciente, cabendo apenas ser afastada quando demonstrada que não há patologia apontada ou quiçá que o método em questão não é adequado. Porém, a documentação dos autos e argumentos das partes deixam evidente a patologia do filho dos autores não se discute e que o método perseguido pela parte requerente é adequado. A requerida sequer aponta tratamento similar e adequado e que teria previsão no rol da ANS. Por sua vez, o tratamento de patologia neurológica não é excluído pelo contrato. Repita-se, em que pese o procedimento em questão não estar incluído dentre os diversos tipos de tratamento previstos pela ANS destinado a inibir os efeitos e evolução da síndrome de Joubert não confere ao prestador do serviço a possibilidade em denegar tratamento adequado para o quadro clínico do paciente. Com efeito, é sabido que o rol constante na resolução normativa da ANS é, na verdade, uma citação de procedimentos mínimos a serem cobertos pelos planos de saúde. NÃO consistindo numa restrição.

Além disso, dizer que a ANS não incluiu esta espécie de tratamento no rol dos procedimentos dos Planos de Saúde, até os dias atuais, não é meio de invalidar a contratação firmada pelas partes ou adotar interpretação restritiva dos deveres impostos ao prestador.

A MM julgadora entendeu que houve o abalo moral, pela conduta abusiva e sem qualquer respeito a legislação, uma vez que os relatórios médicos evidenciam a necessidade da realização do tratamento fisioterapêutico.

O que podemos perceber pelas jurisprudências citadas é que essa judicialização inflama o Judiciário, fazendo que ocorram inúmeras ações nesse sentido, ao invés de se chegar em uma solução de conflitos para solucionar os conflitos que envolvem as operadoras de saúde, conduzindo decisões que sejam em prol da coletividade.

Portanto, de acordo com explicitado acima, não restam dúvidas de que o paciente tem direito ao que for de mais moderno para a recuperação ou manutenção de sua saúde. O profissional de saúde é possuidor de amplos poderes para escolher qual o melhor tratamento em cada caso e os meios para se alcançar a cura, devendo o plano de saúde promover o que for necessário e sem limitações sob pena de violar o Código de Defesa do Consumidor.

CONCLUSÃO

Observou-se neste trabalho, a transformação na hermenêutica constitucional quando à constitucionalização dos direitos fundamentais, pela promoção da justiça e caracterização do direito fundamental à saúde, o que foi uma grande ideia aceita pelos juízes que ampliaram seus poderes, promovendo as decisões voltadas aos direitos fundamentais, consoante a inclusão de bem de todos.

Foi-se necessário analisar o Caso Luth, grande precursor da eficácia dos direitos fundamentais e inovação trazida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão ao trazer a técnica da ponderação da decisão e vinculação dos direitos fundamentais entre particulares e com isso, a constitucionalização do direito ganhou força.¹⁰⁶

Vimos também a problemática trazida pelos planos de saúde ao negarem tratamentos aos beneficiários. É necessário observar também, que o negócio jurídico a ser contratado deverá respeitar os princípios da função social do contrato e boa-fé dos que contratam. Além do dever de informação que deve haver nas cláusulas contratuais, evitando assim, a abusividade contratual.

Todavia, o direito fundamental à saúde é violado quando o beneficiário a ‘criança’ se torna vítima da negativa dos planos de saúde por informar que o determinado tratamento não está inserido no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde, assim, desrespeitando a garantia do cidadão beneficiário, que diante das falhas prestadas pela saúde pública, busca a suplementar para supri-las.

Observamos as características dos contratos de plano de saúde, que são considerados como contratos de adesão, em que coloca-se o consumidor em posição mais favorável devido as cláusulas serem unilaterais, impostas pelos fornecedores.

Não podemos deixar de dizer que a lei 9.656/1998, elenca todos os tipos de contratos de assistência à saúde, a classificação dos planos de saúde, tempo de carência, data da celebração, enfim, lei de grande importância para a relação jurídica consumidor – fornecedor.

Obsta dizer que os contratantes dos planos de saúde estão dotados de vulnerabilidade, principalmente, as crianças que necessitam de tratamentos ou exames médicos. A criança é comparada ao *homo sacer*, que nas palavras de Giorgio Agamben (1995, p. 91), há “sujeição

¹⁰⁶ FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Uma via moralista para o Judiciário brasileiro? Sobre a interpretação judicial dos direitos fundamentais no Brasil. Disponível em: www.cuadernoscepla.cl/web/.../N22_Texto_7_Riva_Sobrado_y_Matheus_de_Castro.pdf Acesso em: 24 de dezembro de 2016.

da vida a um poder de morte, a sua irreparável exposição na relação de abandono”.

O objeto do presente estudo foi demonstrar que não é um rol de procedimentos exemplificativo que decidirá sobre a saúde da criança que necessita do tratamento *Therasuit* e sim, o profissional médico. Logo, é ele quem é especializado e que vai prescrever o tratamento necessário para cada consumidor, que no caso do estudo em análise foi o portador da Síndrome de Joubert.

Sendo assim, diante de tal negativa, a sociedade busca o Judiciário no sentido de ser o seu “superego”, idealiza como uma tutela, proteção ao decidir sobre a procedência dos tratamentos, entendendo ser de ordem moral e demonstra nas decisões a abusividade dos contratos, flagrantemente contida quanto à negativa dos eventos médicos por não conter no rol de procedimentos da ANS, violando a boa-fé contratual.

Todo esforço relacionado à concretização do direito de acesso à justiça, como direito fundamental requer sensibilidade frente às questões de cunho social e engloba outras preocupações: a concretização dos demais direitos fundamentais e a valorização da dignidade da pessoa humana.

Portanto, a grande maioria dos consumidores, não obtêm informação da legislação, além das cláusulas contratuais serem extremamente abusivas, não obtendo uma redação precisa, o que torna mais difícil para coibir as práticas ilegais perpetradas pelas operadoras, violando a boa-fé contratual e o princípio da função social do contrato, restando uma esperança dos representantes da criança portadora da anomalia, aguardar que o Judiciário atue como “guardião” e protetor das Garantias Fundamentais.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. SILVA, G. E. do Nascimento. CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva 2012.

ALBERNAZ, Renata **Ovenhausen. Contribuciones a las ciencias sociales. Interesses coletivos, econômicos e particulares em normas comunitárias do MERCOSUL**. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/26/normas-mercosul.html>>. Acesso em: 27 de julho de 2014

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo horizonte: UFMG, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

_____. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Estado de exceção: homo sacer, II, I**. São Paulo: Boitempo, 2004. 142p.

_____. **Profanações**. São Paulo: Boitempo, 2007

_____. **Meios sem fim: notas sobre a política**. Trad. Davi Pessoa Carneiro.- 1 ed; 2. reimp. Belo Horizonte: Autentica Editora, 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Notas, Planos, Registros e Cadastros**. Disponível em<http://www.ans.gov.br/anstabnet/notas_planos_registros_cadastros.htm> Acesso em 10 de março de 2016.

ALLEGGRANTE, J.P; Sloan, R.P. 'Ethical dilemmas in workplace health promotion'. **Preventive Medicine**, 15, 1986, p.313-320.

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, balanceamento e racionalidade**. **RATIO JURIS**, vol. 16, n.2, julho de 2003.

ALMEIDA, Célia. **O mercado privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências de assistência médica suplementar**. Brasília: Ipea, 1998.

ALVES, Sando Leal. **Análise econômica da regulamentação e do setor de planos e seguros de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: FUNENSEG, Cadernos de Seguros: teses, v.9, n.11, 2004.

_____. **Entre a proteção e a eficiência: Evidências de seleção adversa no mercado brasileiro de saúde suplementar após a regulamentação.** Monografia vencedora na categoria profissional do prêmio SEAE 2007. Brasília: SEAE, 2007.

ARÁN, Márcia & PEIXOTO JR, Carlos Augusto. “**Vulnerabilidade e vida nua: bioética e biopolítica na atualidade**”. *Revista Saúde Pública*, vol. 41 n. 5 – outubro, 2007.

ARROW, Kenneth J. **Uncertainty and the welfare economics of medical care.** *The American economic Review*, vol LIII, n 5, dezembro, 1963, pp 941-973.

ANDREAZZI MAR, ANDREAZZI MFS, Pinheiro, MCCM, sicsú B. **Mercado de saúde suplementar: amplitudes e limites na areana da regulação.** Rio de Janeiro: ANS, 2003. Disponível em http://www.ans.gov.br/portal/site/Biblioteca/biblioteca_topico_17704.asp. Acesso em:

ANDORNO, Roberto. **Bioética Y Dignidad de lapersona.** Madrid: EditorialTecnos S.A., 1998.

ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil.** Editora: safE. Porto Alegre: 2008.

ARANTES, Cláudia Maria Felix de Vico. **A conexão entre o direito fundamental de acesso à justiça e o princípio da dignidade da pessoa humana no estado democrático brasileiro.** Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas – Campus de Jacarezinho - Universidade Estadual do Norte do Paraná como requisito final para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica. JACAREZINHO (PR) 2011

ARNAUD, André Jean. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito.** Rio de Janeiro. Renovar. 1999

AQUINO, Rubim dos Santos Leão. **História das sociedades das comunidades primitivas às sociedades medievais.** Rio de Janeiro. 1980.

BAHIA, Lígia; ALVES, Danielle Conte; BARROSO, André Feijó. **O papel da Justiça nos planos e seguros de saúde no Brasil.** Caderno da Saúde Pública, Rio de Janeiro, vol. 25, fevereiro, 2009, pp 279-290.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormane. **Planos de saúde.** São Paulo. Saraviva. 2015

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 230-250.

_____. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. A Constitucionalização do direito, fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

BARRAL, Welber. **Direito e desenvolvimento: um modelo de análise.** In: BARRAL, Welber (org.) **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento.** São Paulo: Editora Singular, 2005.

BARROCA, João Luís. **Regulação & Saúde: Estrutura, Evolução e Perspectivas da Assistência Médica Suplementar/ Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar.** Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/ProdEditorialANS_Serie_regulacao_e_saude_Vol_1.pdf>. Acesso em: 05 de junho de 2016

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4ª ed. São Paulo. Saraiva 2013.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>>. Acesso em: 12 de abril de 2016

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 14 de maio de 2016.

BARROS, Livia Dias. **Judicialização do Direito à saúde: uma análise acerca do fornecimento judicial de medicamento no estado de Pernambuco.** Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/17153/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20L%C3%8DVIA%2015.02.16.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 20 de outubro de 2016.

BAUER, Isadora. **Princípio de acesso à justiça.** 2007. Disponível em: <<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/law/1723774-princ%C3%ADpio-acesso-%C3%A0-justi%C3%A7a/>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

BEDIN, Gilmar Antônio; BEDIN, Gabriel de Lima; FRISCHER, Ricardo Santi. **Justiça e direitos humanos: a crise da jurisdição estatal e as novas formas de tratamento dos conflitos.** DEL'OLMO, Florisbal de Souza; GIMENEZ Charlise Paula Colet; CERVI, Taciana Marconatto Damo. **Direitos fundamentais e cidadania: a busca pela efetividade.** Millennium editora. 2013. Campinas/SP.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito.** Rio de Janeiro, 2001

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 13ª reimpressão.

_____. **Dicionário de política**. 10ª ed. Brasília: Ed. UNB, 1997.

BRASIL. **Agencia Nacional de Saúde**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/>>. Acesso em: 03 de março de 2016.

_____. **Código de Defesa do Consumidor. Lei n 8078/1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 3 de março de 2016.

_____. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF. 1988. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm> Acesso em: 03 de agosto de 2016.

_____. **Lei No. 8080/90 de 19 de setembro de 1990**. Brasília: DF. 1990. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm> Acesso em: 10 de julho de 2016

_____. **Lei nº 9656/1998. Lei que Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm >. Acesso em: 06 de março de 2016.

_____. **Ministério da Saúde. Carta dos direitos dos usuários da saúde / Ministério da Saúde**. – Brasília: Ministério da Saúde, 2006. 8 p. Série E. Legislação de Saúde.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30 de junho de 2014.

_____. STJ; **Acórdão: STJ, REsp 590.336/SC, Rel. Min. Fátima Nancy, j. 07.12.2004, 3.a Turma, DJ 21.02.2005, p. 175**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=RESP+590336+SC>> Acesso em: 06 de março de 2016.

_____. STJ; **AgRg-AREsp 708.082; Proc. 2015/0114569-7; DF; Terceira Turma; Rel. Min. João Otávio de Noronha; DJE 26/02/2016**. Disponível em: < <http://sabermelhor.com.br/inclusao-da-equoterapia-na-resolucao-normativa-387-da-ans/>> Acesso em: 06 de abril de 2016.

_____. **Acórdão: AgRg no AREsp 725.203/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 24/09/2015.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/109008697/djpe-16-02-2016-pg-262>>. Acesso em: 13 de março de 2016

_____. **Acórdão: AgRg no AREsp 7.865/RO, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 05/03/2014.** Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/156807502/agravo-em-recurso-especial-aresp-623372-sp-2014-0288312-9>> Acesso em: 31 de março de 2016.

_____. **Súmula nº 69. a qual dispõe que “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.** Disponível em: .Acesso em: 4 de abril de 2015.

_____. **Portaria 03/99.** Disponível em: <<http://www.decon.com.br/portaria03.htm>>. Acesso em: 15 de setembro de 2016.

BRANCATI F, DALLAPICCOLA B, VALENTE E. **Joubert Syndrome and related disorders.** Orphanet J Rare Dis 2010; 5:20.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 32ª edição São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BRINKS, Daniel M. (org), **Courting social justice: judicial enforcement of social and economics rights in the developing world.** Cambridge University Press, 2008.

BULOS, UadiLammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

BUTLER J. Vieprécaire. **Les pouvoirs du deuil de la violence après le 11 septembre 2001.** Paris: Éditions Amsterdam; 2005. CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**, Editora Revista dos Tribunais -3ª edição.: São Paulo, 2005.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**, Editora Revista dos Tribunais -3ª edição.: São Paulo, 2005

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMPOY, Beatriz Rigoletto; AMARAL, Sérgio Tibiriça. **A evolução dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1605/1532>>. Acesso em: 05 de setembro de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CANTARELLI, Francine J. Schmidt. **O Therasuit como recurso fisioterapêutico no tratamento de crianças com paralisia cerebral**. Disponível em: <http://qualifique.com/artigos/OTherasuitComoRecursoFisioterapeuticoNoTratamentoDeCriançasComParalisiaCerebral_FrancineJeruzaSchmidtCantareli.pdf> Acesso em: maio de 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010.

CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (coord). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARVALHO, Cristiano Martins de. **Agências reguladoras**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2654/agencias-reguladoras/2>> Acesso em 03 de julho de 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Teoria do estado e da constituição direito constitucional positivo**. Ed. 14, ver. Atual e ampl. Belo horizonte: Del Rey, 2008.

CARTA DE OTTAWA. **Primeira conferência internacional sobre promoção da saúde. Ottawa, novembro de 1986**. Disponível em: <<http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/07/Ottawa.pdf>>. Acesso em: 05 de novembro de 2016.

CASABONA, Marciel Barreto. **O princípio constitucional da solidariedade no direito de família**. São Paulo. 2007. LEXML

CASTRO, Matheus Felipe de. **Dimensões Materiais e Eficácias dos Direitos Fundamentais** / Coordenadores: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL Rogério Gesta; MEZZAROBBA Orides - São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. – 7. Ed. – 2. Reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 83/84.

_____. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CEARÁ, TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Acórdão: APL: 01446799720138060001 CE 0144679-97.2013.8.06.0001, Relator: INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 13/07/2015**

Cerebral Palsy Magazine: **vol 5, num. 4**. Dezembro de 2007. Disponível em <www.cerebralpalsymagazine.com> Acessado em: 20 maio de 2016

CESAR, Alexandre. **Acesso à Justiça e Cidadania**. Cuiabá: EdUFMT, 2002.

CHARLESWORTH, M. **La bioetica em una sociedad liberal**. Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 7ª edição, revista e atualizada. Saraiva. São Paulo, 2010

COMPARATO, Fábio Konder. **A Nova Cidadania**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, [S.l.], n. 28/29, 1993. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102...script=sci>>. Acesso em: 20 de abril 2015.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969)(**PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA**). Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Q7OdPORQfA4J:www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 20 de novembro de 2015.

CONSTANTINO, Alexandre Krüger e FRANCO, Ana Carolina Casarotti. **Neoconstitucionalismo e teoria sistemática: desafios à modernidade periférica**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?Cod=4ab52371762b7353>>. Acesso em: 28 de dezembro de 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista Crítica Jurídica, jul/dez 2003, nº 22. Disponível em:

<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/22/pr/pr4.pdf>>. Acesso em: 19 agosto de 2016.

CRAWFORD, R. **'You are dangerous to your health: the ideology and politics of victimblaming'**. *International Journal of Health Services* 7(4): 663-80, 1977.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral de estado**. 2ª edição atualizada. Editora Saraiva. 1998.

DAY, L. **'Distributive justice and personal responsibility for choices about health'**. *American Journal of Critical Care*, 2006

DECLARAÇÃO DE ALMA-ATA. **Conferência internacional sobre cuidados primários de saúde**. Alma-ata, URSS, 6-12 de setembro de 1978. Disponível em: <<http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>>. Acesso em 20 de outubro de 2016.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 10 de agosto de 2016.

DECLARAÇÃO DO HOMEM E DO CIDADÃO Disponível em: <http://escoladegestores.mec.gov.br/site/8-biblioteca/pdf/direitos_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 10 de agosto de 2016.

DERNIER, Y. **'On personal responsibility and the human right to healthcare'**. *Camb. Q. Health Ethics*, v.14, 2005

DIAS, Jean Carlos. **Políticas públicas e questão ambiental**. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, p. 117-135, jul./set. 2003.

DIAS, Clara Angélica C.G. **A responsabilidade civil do empregador diante dos riscos sociais que afetam a saúde e a integridade física do empregado**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp144080.pdf>> Acesso em: 10 de agosto de 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de processo civil. Teoria geral do processo de conhecimento**. Volume 1. 9ª ed. editora Juspodivm. Salvador, 2008.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Processo Civil**. Malheiros 1995, pg. 19.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Vol. 3 - Teoria Das Obrigações Contratuais** - 32ª Ed. 2016

DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. São Paulo: brasiliense, 2006

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010

DISTRITO FEDERAL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Acórdão: 20070110244337 DF, Relator: JESUÍNO RISSATO, Data de Julgamento: 25/11/2008, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., Data de Publicação: DJU 21/01/2009**. Disponível em <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2368799/apelacao-civel-no-juizado-especial-acj-20070110244337-df>>. Acesso em: 25 de março de 2016.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EMERIQUE, LILIAN BALMANT. Controle judicial das políticas públicas. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/www.inverbis.com.br?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9709&revista_caderno=9>. Acesso em: 09 de mar de 2016.

ENUNCIADOS APROVADOS ENUNCIADOS ns. 272 a 396. **IV JORNADA DE DIREITO CIVIL** –. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 04 de abril de 2016.

FARIAS, Carolina Steimuller; FARIAS, Thélío Queiroz: **Práticas abusivas das Operadoras de Planos de Saúde**. 2 ed. Anhanguera Editora – Leme/SP, 2014

FARINA, Laercio; GUIMARÃES, Denis Alves (coord.). **Concorrência e Regulação no setor de saúde suplementar**. São Paulo: Singular, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. ver. e atual. Editora JusPodvm, 2012.

FERJOHN, John. **Judicializng politics, politicizing law**. Law and Contemporary Problems, vol. 65, n3 pp. 41-67.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta e VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v52n1/v52n1a07.pdf>>. Acesso em: 20 de abril de 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2011.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 38ª edição, revista e atualizada. Editora Saraiva. São Paulo, 2012.

_____. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Volume I – artigos 1º a 103. 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar** . Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. São Paulo: MP, 2006.

FILHO Favaret P & OLIVEIRA PJ 1990. **A universalização excludente: reflexões sobre as tendências do sistema de saúde.Dados**. Revista de Ciências Sociais 33(2):257-283.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Uma via moralista para o Judiciário brasileiro? Sobre a interpretação judicial dos direitos fundamentais no Brasil. Disponível em: <www.cuadernoscepla.cl/web/.../N22_Texto_7_Riva_Sobrado_y_Matheus_de_Castro.pdf>. Acesso em: 24 de dezembro de 2016.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**, trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque, 16 ed., São Paulo: Graal, 2005.

_____. **Nascimento da biopolítica** (1ª ed.). São Paulo: Martins Fontes, 2008

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.246.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito civil, contratos. Tomo 1, teoria geral**. 2ª edição. Ver. Atual. E reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO, Leonardo. “Acesso à Justiça no Brasil. In Revista do Curso de Direito da UNIVALE- Universidade do Vale do Rio Doce, nº 1.Governador Valadares . UNIVALE, jan/jun. 98, p. 70.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. ARAGÃO, Francisco [Trad.]. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GESTA LEAL, Rogério. **Os princípios fundamentais do Direito Administrativo brasileiro**. São Leopoldo: Anuário do programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), 2000. p. 185-223, p. 221.

GERSH, Elliot. **O que é paralisia cerebral?**. GERALIS, Elaine. Crianças com paralisia cerebral : guia para pais e educadores / tradução Maria Regina Lucena Borges- Osório – 2ed. – Porto Alegre: Artmed, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto **Direito civil brasileiro**, volume 3 : t contratos e atos unilaterais / Carlos Roberto Gonçalves. — 9. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012. 1. Contratos - Brasil 2. Direito civil - Brasil I. Título. CDU-347(81)

GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 3 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2011.

GUIMARÃES, Andre Luiz de Souza; LEAL, Rodrigo mendes. **Seleção adversa no mercado brasileiro de saúde suplementar apos a regulamentação: comentários**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1271666>>. Acesso em: 10 de junho de 2016.

HACHEM, Daniel Wunder. **A dupla titularidade (individual e transindividual dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais)**. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505>>. Acesso em: 04 de maio de 2016.

HACHEM, Daniel Wunder. **A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 14, n. 14, Curitiba, p.618-688, jul./dez.2013

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

Hulka BS &Wheat JR 1985. **Patterns of utilization**. **Medical Care** 23(5):438-460.

JEWKES, R. **‘Evaluating community development initiatives in Health Promotion’**. In:Thorogood, M.; Coombes, Y. Evaluating health promotion – Practice and methods. Londres, Oxford University Press, 2000, p.129-139.

JUNIOR, Carlos Henrique Carvalho Ferreira. **Novo constitucionalismo: apresentação de um conceito político e jurídico**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b4681a619cf018ee>>. Acesso em 28 de dezembro de 2013

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito**. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 113-143, p. 134.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: LíberJúris, 1988

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de Los Contratos**. Parte General. Buenos Aires. Rubinzal- Culzoni, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n, 42: 187-195, abr./jun. 2002.

LUNDY, Ekman Laurie. **Neurociência: fundamentos para a reabilitação**. Tradução Fernando Diniz Mundim et al.) – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

MACKLIN, R. **Bioética, vulnerabilidade e proteção**. In: Garrafa V, Pessini L, organizadores. Bioética: poder e injustiça. São Paulo: Loyola; 2003. p. 59-70.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O constitucionalismo inglês**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5768/o-constitucionalismo-ingles>>. Acesso em: 27 de dezembro de 2013.

_____. **Direito Constitucional Tomo III**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 151-152.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 248.

MAIA, Alberto Jonathas. Uma nova interpretação de acesso à justiça: mutação constitucional e arbitragem Santos, Gustavo Ferreira. TEIXEIRA, João Paulo Allian. ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. **Constituição e Direitos Fundamentais em Perspectivas**. Editora APPODI. Recife: 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme, Daniel Mitidiero. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008,

MARMELSTEIN, George. **50 anos do caso Luth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-Importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>> Acesso em: 20 de junho de 2016.

MARQUES, Claudia Lima (org). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Contratos no Código de defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARTINEZ GONZALEZ, M.A; De Irala, J. ‘**Medicina preventiva y fracaso clamoroso de la salud pública: llegamos mal porque llegamos tarde**’. Medicina Clinica, 124(17), 2005, p.656-660.

MARTINS, Jasson da Silva. “**Estado de exceção e biopolítica no pensamento de Giorgio Agamben**”. Revista Tessituras. n. 2 – novembro, 2010.

MASCARENHAS, Paulo. **Direito constitucional**. Salvador, 2010. Disponível em:<<http://www.paulomascarenhas.com.br/DireitoConstitucional.pdf>>. Acesso em 28 de maio de 2016.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade. Coleção Conexões Jurídicas**. Direção de Luiz Moreira. Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional público**. Parte geral. 6ª revista, atualizada e ampliada. Editora revista dos tribunais. 2011.

_____. **Curso de direito internacional público**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. Editora revista dos tribunais. 2011.

MÉDICI, AC 1991. **A medicina de grupo no Brasil. Série: Desenvolvimento de Políticas Sociais no 1**. Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), 9. Brasília.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30ª edição revista e atualizada até a emenda constitucional 71. Malheiros editores. São Paulo.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

MERIQUE, LILIAN BALMANT. **Controle judicial das políticas públicas**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/www.inverbis.com.br?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9709&revista_caderno=9>. Acesso em: 09 de mar de 2016.

MESTROVIC, Tomislav. **Que é Síndrome de Joubert?** Disponível em<[http://www.news-medical.net/health/What-is-Joubert-Syndrome-\(Portuguese\).aspx](http://www.news-medical.net/health/What-is-Joubert-Syndrome-(Portuguese).aspx)>Acesso em: maio de 2016

MEYER – PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MINHAHM, Maria Auxiliadora. Direito Penal e Biotecnologia. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009064.pdf>>. Acesso em: 25/12/2016

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 9ª edição. Coimbra, Coimbra, 2011.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução e análise de Maria Isabel Aguiar. 1. ed. Porto: Areal, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007

MONTONE, J 2001. **Integração do Setor de Saúde Suplementar ao Sistema de Saúde Brasileiro**. Ministério da Saúde: Agência Nacional de Saúde Suplementar. Rio de Janeiro.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NALIN, Paulo roberto. **Ética e boa fé no Adimplemento Contratual, in Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporaneo**, coord. Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NASCIMENTO, Cristiana M. S. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. **Análise da internacionalização do direito do trabalho à luz das convenções e recomendações da OIT**. Aracaju, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/220z0z30/711puwjwE68d20j3.pdf>>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

NASCIMENTO, Cristiana M. S. ; NASCIMENTO, Anderson da Costa. XXIV Congresso do CONPEDI. **Influência dos organismos internacionais no ensino superior**. Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/lu54np98/8qo4A857I8VN2Qgo.pdf>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2016.

NASCIMENTO, Cristiana M. S.; NASCIMENTO, Anderson da Costa. **Constitucionalização do Direito ao Acesso à Justiça Conexo à Democracia**. XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/5ccav186/0tdQWLp4aF71DN67.pdf>>. Acesso em: 20 de julho de 2016.

NASCIMENTO, Cristiana M. S.; DIAS, Clara Angélica G.C. **Violação ao Direito Fundamental à saúde através da recusa indevida pelas operadoras e planos de saúde**

quanto as coberturas de tratamentos médico fora do rol de procedimentos da ANS. XXV Encontro Nacional do CONPEDI. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/45bgwp70/Zl6dByfKOGGr89r0S.pdf>>. Acesso em: 20 de julho de 2016.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p.57.

_____. **A constitucionalização simbólica**. Editora WMF Martins. São Paulo. 2011

NETO, Durval A da Costa. **Historia da revolução francesa**. Disponível em: <<http://www.algosobre.com.br/historia/revolucao-francesa-1789-1799.html>>. Acesso em: 30 DE MAIO DE 2014.

NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord), **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Método, 2008. p.210

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. **Challenges on the Private Health Plans Regulation in Brazil**. Texto para discussão n. 1013, IPEA, Rio de Janeiro, março, 2004. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/Artigo_Challenges.pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2016.

Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 22 de julho de 2016.

PALUDO, Daniela Maria. **Princípios adotados pelo Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <https://www.univates.br/media/graduacao/direito/PRINCIPIOS_ADOTADOS_PELO_CODIGO_DO_CONSUMIDOR.pdf> Acesso em: 30 de maio de 2016.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008

PARISI MA. **Clinical and molecular features of Joubert syndrome and related disorders**. Am J MedGenet C SeminMedGenet 2009; 151C(4): 326–40.

PRADO, Ana Paula Barroso de Salles Paiva. **Direito fundamental à saúde: direito social tratado como direito individual no Brasil**. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/dissertacoes/22.pdf>>. Acesso em: 13 de novembro de 2016.

PEIXOTO JUNIOR, Carlos Augusto. “**Trauma, vida nua e Estado de Exceção: notas sobre clínica e política**”. Interações, vol. XI n. 21 – janeiro/junho, 2006.

PEREIRA, Carlos. **O Marco Regulatório no Setor de Saúde Suplementar: Contextualização e Perspectivas**. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/ans/1_CPereira_MarcoRegulatorio.pdf>. Acesso em: 02 de julho de 2016.

PESSOA, Flavia Moreira Guimarães. Manual de metodologia do trabalho científico: como fazer uma pesquisa de direito comparado. Aracaju. EVOCATI, 2009.

_____. **Relações de Trabalho na sociedade contemporânea**. Editora LTR. São Paulo. 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIRES, D.S.; SOUZA, J.M. **Judicialização da saúde suplementar**. Belo Horizonte: UNIMED-BH, 2008.

PLATÃO. **A república**. Texto integral. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

PORTELLA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado, incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário**. 2ª edição revisada, ampliada e atualizada. 2010. Editora juspodivw.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30 de junho de 2014.

RAMOS, Edith Maria Barbosa. Universalidade do direito à saúde. São Luís: EDURFMA, 2014.

RABINOW, P.; Rose, N. ‘**BIOWEIGHT TODAY**’. **BIO SOCIETIES (2006)**, 1, p.195-217.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RECKZIEGEL, Janaína (Org.) ; FREITAS, Riva Sobrado de (Org.) ; CASTRO, Matheus Felipe de (Org.) . **Direitos fundamentais civis e ativismo judicial**: Tomo V. 1. ed. Joaçaba: UNOESC, 2015. v. 1. 200 p.

REGULAÇÃO & SAÚDE: **Estrutura, Evolução e Perspectivas da Assistência Médica Suplementar/ Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar.** Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/ProdEditorialANS_Serie_regulacao_e_saude_Vol_1.pdf>. Acesso em: 20 de setembro de 2016.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público:** curso elementar. 13ª edição revista aumentada e atualizada. 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, JM. **Regulação e contratualização no setor saúde**, pp. 409-443. In B Negri & G Di Giovanni (orgs.). Brasil: radiografia da saúde. Unicamp/IE, Campinas, 2001.

RIBEIRO, Mara Rejane; RIBEIRO Getúlio. **Educação em direitos humanos e diversidade: diálogos interdisciplinares.** Maceió. EUDUFAL, 2012.

ROSE, N.; Novas, C. **‘Biological citizenship’.** In: Ong, A.; Collier, S. (eds.). Global assemblages: technology, politics and ethics as anthropological problems. Oxford, Blackwell Publishing, 2003.

RUIZ, Castor Bartolomé. **“Homo sacer: o poder soberano e a vida nua”.** Cadernos IHU em formação. Ano. 9 n.45 - 2013.

_____. **“O campo como paradigma biopolítico moderno”.** Cadernos IHU em formação. Ano 9 n.45, 2013.

SÃO PAULO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO. **Acórdão: AI 2219937-56.2015.8.26.0000; Ac. 9168979; Ribeirão Preto; Terceira Câmara de Direito Privado; Relª Desª Marcia Dalla Déa Barone; Julg. 16/02/2016; DJESP 31/03/2016.** Disponível < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/305974942/agravo-de-instrumento-ai-22199375620158260000-sp-2219937-5620158260000/inteiro-teor-305974970>> Acesso em: 2 de abril de 2016.

SAFRONOVA M, BARBOT C, RESENDE Pereira J. **Hipoplasias cerebelosas.** Acta MédPort 2010; 23: 841-852.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais. Retórica e historicidade.** 2ª edição. Belo Horizonte. 2010.

SAND, Inger Johanne, **Changing forms of governance and the role of law: society and its law,** Oslo, Arena Working Papers, 2000.

SANTOS, Fausto Pereira dos. Disponível em: <www.proec.ufg.br/revista_ufg/dezembro2006/.../saude_suplementar.pdf> Acesso em: 28 de março de 2016.

SANTOS, Márcia Renata Vasconcelos. **Análise do processo de adoção à luz do princípio da celeridade processual**. Caruaru-PE, 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj032966.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Livraria do advogado. Porto Alegre. 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **A Ponderação e interesses na constituição federal**. *Lumenjuris*. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **Liberdades comunicativas e direito ao esquecimento na ordem constitucional brasileira**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/21-liberdades-comunicativas-e-direito-ao-esquecimento-na-ordem-constitucional-brasileira/liberdades-comunicativas-e-direito-ao-esquecimento-na-ordem-constitucional-brasileira.pdf>>. Acesso em: 05 de julho de 2016.

SATTAR S, Gleeson JG. **The ciliopathies in neuronal development: a clinical approach to investigation of Joubert syndrome and Joubert syndrome-related disorders**. *Dev Med Child Neurol* 2011; 53:793-8. <http://www.neurologia.com/sec/resumen.php?i=p&id=2000589>

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado. Contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde**. Editora saraiva. São Paulo, 2010,

SCARPINO JÚNIOR, Luiz Eugênio; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Acesso à saúde privada como ferramenta de cidadania: a aplicação do comportamento contraditório em facedos planos de saúde**. In: *Revista Jurídica Cesumar* - Mestrado, v. 14, n. 1, jan./jun. 2014, p.73-91.

SCHEFFER, M. **A exclusão de coberturas assistenciais nos planos de saúde privados**. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 71, p. 231-247, set./dez. 2005.

SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Org: Leonardo Martins. Montevideo: Konrad AdenauerStiftung, 2006.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Clausulas abusivas nas relações de consumo**. 2ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor**: Item 2.1: Campo de aplicação do CDC e direito à saúde. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 87.

_____. **Visões sobre planos de saúde privado e Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24753-24755-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.

SCHRAMM FR, Kottow M. **Principios bioéticos en salud pública: limitaciones y propuestas**. Cad. Saude Publica. 2001;17(4):949-56.

SELLERS, Charles. **Uma reavaliação da história dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro. Zahar. 1990.

SHULMANM, Gabirel. **Direito fundamental no plano de saúde: do contrato clássico à contratualidade contemporânea**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2009.

SILVA, Daniel Fagundes Silva; DIAS, Clara Angélica Gonçalves. **As clausulas e práticas abusivas nos planos de saúde**. Disponível em: <<http://www.reidese.com.br/component/content/article/2-uncategorised/149-as-clausulas-e-praticas-abusivas-nos-contratos-de-plano-de-saude>>. Acesso em: 11 de janeiro de 2016.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos**. 2 Ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

SILVA. José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda constitucional nº 57. Malheiros editores. 2009.

SILVA, Lucas Gonçalves da. **Comentários dos artigos 3 a 11 da declaração universal dos direitos humanos**. In: CORNOTA, Walter F.; MARIANIELLO, Patricio Alejandro. Tratados de los tratados internacionales – comentados. Buenos aires: La Ley, 2011.

SILVA, Tiago Ferreira da. **Milagre econômico.** Disponível em: <http://www.historiabrasileira.com/brasil-republica/milagre-economico/>. Acesso em: 14 de abril de 2016.

SILVA, Tiago Ferreira da. **Redemocratização do Brasil.** Disponível em: <http://www.historiabrasileira.com/brasil-republica/redemocratizacao-do-brasil/>. Acesso em: 14 de abril de 2016.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor Anotado e legislação complementar.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** 1ª edição, 3ª triagem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. **Doença preexistente nos planos de saúde.** São Paulo: Saraiva, 2009.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira e PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais: e evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho.** Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?N_link=revista_artigos_leitura&artigid=5414. Acesso em: 28 de dezembro de 2014..

SOARES, Mário Lucio Quintão. **Teoria do estado.** 2ª edição. Editora Del Rey. 2004. Belo horizonte.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo.** São Paulo: Saraiva 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Angelita Matos. **“Estado de Exceção”.** Revista Espaço Acadêmico, vol. X n.112 - setembro, 2010.

SOUZA, M.H.S.C. et al. **A intervenção do Poder Judiciário no setor de saúde suplementar – tutelas antecipadas como instrumento de garantia da assistência à saúde no Brasil.** Divulgação em Saúde para Debate, Rio de Janeiro, n. 37, p. 44-60, jan. 2007.

SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes.** Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15283/1/Tese%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf> Acesso em: 25 de junho de 2016.

TAMEZ S, Bodek C & EIBENSCHUTZ C 1995. **Lo público y lo privado; las aseguradoras y la atención médica em Mexico.** Cadernos de Saúde Pública 11(4):579-587.

TARTUCE, Flavio. **Teoria geral dos contratos e contratos em espécie.** Direito civil, v. 3: 9ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense – São Paulo : MÉTODO, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual/** Flavio Tartuce, daniel Amorim Assumpção Neves. 3 ed – Rio de Janeiro: Forense: São paulo: Método, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 10ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

_____ e BUCK, Pedro. **Direitos fundamentais e democracia: complementaridade/contrariedade.** CLEVE, Clemerson Merlin, SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia.** Rio de janeiro: Forense, 2007.

TEIXEIRA, Antônio Braz. **Breve tratado da razão jurídica.** Editores: Alexandre Gabriel & Sofia Vaz Ribeiro. 1ª edição. 2012. Portugal.

TEPEDINO, Gustavo. **Tema de direito civil.** 3ª edição revista e atualizada. Renovar. Rio de Janeiro. 2001

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e a função social.** 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TherasuitMethod, 2002. Disponível em: www.suittherapy.com. Acessado em: janeiro de 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das organizações internacionais.** 3ª edição. Revisada, atual, e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VACCARO, Stefania Becattini. **A reinvenção da democracia e do direito de ter direitos.** CLÈVE, Clemerson Merlin, SARLET, Wolfgang Ingo, PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia.** Rio de Janeiro. Forense, 2007.

VAL, Olga Maria Do apud MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais.** Porto Alegre: Síntese, 2001. 2. ed. p . 98.

VICENTINO, Claudio. **História geral.** Edição atualizada e amplificada. São Paulo: Editora Scipiano. 2002.

VIEIRA, Evaldo. **A república brasileira: 1964-1984**. São Paulo: Moderna. 1985.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação de direito**. 4 ed. São Paulo: RT, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento. 9. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 37.

Welsch, Gisele Mazzoni. **A eficácia jurídica e social (efetividade) das normas de direitos fundamentais**, nº 08, maio/junho de 2007. Disponível em: <[http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Artigo%205%20-%20A%20Eficacia%20Juridica%20e%20Social%20\(Efetividade\)%20das%20Normas%20de%20Direitos%20Fundamentais.pdf](http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Artigo%205%20-%20A%20Eficacia%20Juridica%20e%20Social%20(Efetividade)%20das%20Normas%20de%20Direitos%20Fundamentais.pdf)>. Acesso em: 20 de abril de 2016.

WILLIS, Santiago Guerra Filho (Coord). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997.